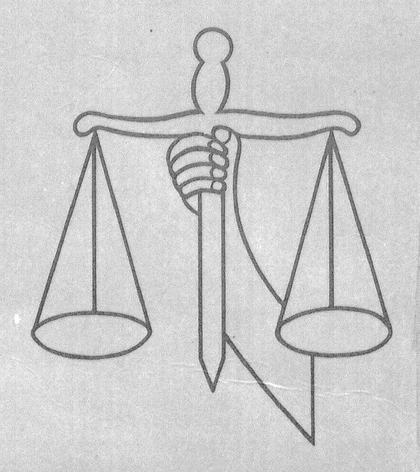
القضاء والعرف في الاسلام

(دراسة مقارنة)





الباب الأول
القضاء في الاسلام

تمهيد

١ ـ ماهية شريعة الاسلام :

إن التمهيد لموضوع القضاء في الإسلام يتطلب التعرض لماهية الاسلام وأهمية الموضوع ومنهج الدراسة وأقسامها .

ـ الاسلام هل هو دين ودولة ؟

يوجد حول هذا الموضوع رأيان[١] :

الأول : يرى ان الاسلام دين فحسب . ويتلخص هذا الرأي بأن النبي محمداً ما كان إلّا رسولاً لدعوة دينيّة خالصة للدين ، لا تشوبها نزعة مُلك ولا دعوة لدولة وان الاسلام وحدة دينية ، وأن النبي دعا الى تلك الوحدة وأتمها بالفعل قبل وفاته[٢] .

والثاني : وهو الراجح يرى أصحابُه أن الإسلام دينٌ ودولة ، وان الجمع بين الدعوة الى الدين وبين قيام الدولة هو أصل من أصول الاسلام ، فليس الاسلامُ ديناً يتعبد به فقط ، وإنما هو دينٌ ودولة ، لذلك كان طبيعياً أن يُعنى بشؤون الدولة الى جانب عنايته بشؤون الدين[٣] .

---

(١) انظر في عرض هذا الموضوع بالتفصيل : الدكتور عبد الحميد متولي · الاسلام وهل هو دين ودولة ، مجلة القانون والاقتصاد الصادرة عن اساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة السنة ٣٤ (١٩٦٤) عدد ٤ ص ١٠٢٥ وما بعدها

(٢) صاحب هذا الرأي هو الأستاذ علي عبد الرازق في كتابه الاسلام واصول الحكم ، طبعة ١٩٢٥ ، القاهرة ، مذكور عند الدكتور عبد الحميد متولي . ذات المرجع ص ١٠٢٥

(٣) دكتور عبد الحميد متولي . ذات المرجع ص ١٠٦١ ـ ١٠٦٢ ، دكتور القطب محمد طبلية الفكر السياسي في الاسلام ، مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣٩ (١٩٦٩) عدد ٣ ص ٧٨٣ · الدكتور محمد سلام مدكور القضاء في الاسلام ص ٦ ، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٦٤ ، الاستاذ زكي الدين شعبان . الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ص ٣ ، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٦٨ ـ ١٩٦٩ ، الدكتور صبحي محمصاني الأوضاع التشريعية في الدول العربية ص ٨١ وما بعدها

Arnold The Caliphate, ed. London 1924, Gibb, Muhammedanism, ed 1949. _ .

مذكوران عند الدكتور عبد الحميد متولي ذات المرجع ص ١٠٣٢ هامش ٢

ولما كان القضاء إحدى السلطات الرئيسية في الدولة ، فقد اهتمت به نصوص الشريعة الإسلامية ، وباشره النبي محمد بنفسه ، كما طلبه من بعض أصحابه ، وباشره من بعده الخلفاء ، كما عُيّن له مرجع قضائي أعلى يتولى شؤونه .

٢ ـ أهمية موضوع القضاء في الاسلام :

إن موضوع القضاء في الاسلام من أهم الموضوعات التي حوتها كتب الفقه والتاريخ الاسلامي ، وكان موضع اهتمام الفقهاء في كل العصور فكتبوا عنه كثيراً في مؤلفاتهم الفقهية العامة ، ومنهم من اهتم به أكثر فخصص له مؤلفاً خاصاً به(١) .

ولما كان النظام القضائي الاسلامي يمثل جزءاً من التراث العالمي في القضاء ، ويُعد أحد المصادر التاريخية المهمة للقضاء في لبنان ، كان الدافع الى بحث هذا الموضوع لتبيّن معالمه ، ومعرفة تنظيماته ، واستقراء إجراءاته .

٣ ـ منهج دراسة القضاء في الإسلام :

سيراعى في هذه الدراسة أن تكون إطلالةً عامةً وشاملةً على موضوع القضاء في الاسلام ، مبتعدةً عن التعقيد والإفاضة في النظريات ، مع العناية بذكر آراء الفقهاء وبيان الرأي الراجح منها ، مشيرةً في كثير من المواضع الى المصادر التي استُقِيَت منها المعلومات تسهيلاً للرجوع اليها .

وقد قسم باب القضاء في الاسْلام الى فصلين اثنين :

الفصل الأول : مفهوم القضاء في الاسلام

الفصل الثاني : التنظيم القضائي في الاسلام

---

(١) من هؤلاء . وكيع (محمد بن خلف حيان) أخبار القضاة ، ٣ أجزاء ، بيروت عالم الكتب بدون تاريخ ، أبو الحسن الماوردي : أدب القاضي ، جزءان ، ١٩٧١ ، مطبعة الإرشاد بغداد ؛ إبن أبي الدم . أدب القضاء مجمع اللغة العربية بدمشق ١٩٧٧ ، الكندي : الولاة والقضاة ، بيروت ١٩٠٨ مطبعة اليسوعيين ؛ أبو الحسن النباهي المالقي : تاريخ قضاة الأندلس ، بيروت منشورات المكتب التجاري بدون تاريخ ، ابن حجر العسقلاني : رفع الأصر عن قضاة مصر ، القاهرة ١٩٥٧ المطبعة الأميرية ؛ ابن طولون : قضاة دمشق ، المجمع العلمي بدمشق ١٩٥٦ ، محمد بن حارس الخشني : قضاة قرطبة وعلماء افريقية ، القاهرة ١٣٧٢ هجرية ، التستري : قضاء علي بن أبي طالب ، الطبعة ١٥ بيروت ؛ خير الله طلفاح . القضاء عند العرب ، بغداد ١٩٧٣ ، مطبعة المعارف ؛ عطية مشرفة : القضاء في الاسلام ، ١٩٦٦ شركة الشرق الأوسط ؛ محمد شهير أرسلان : القضاء والقضاة ، ١٩٦٩ دار الارشاد ؛ عارف النكدي : القضاء في الاسلام ، دمشق ١٩٢٢ ، الدكتور محمد سلام مدكور : القضاء في الاسلام ، القاهرة ١٩٦٤ دار النهضة العربية ؛ ظافر القاسمي : نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الاسلامي (السلطة القضائية) ، بيروت ١٩٧٨ ، دار النفائس ؛ الدكتور صبحي محمصاني . المجتهدون في القضاء ، بيروت ١٩٨٠ دار العلم للملايين ـ وتراث الخلفاء الراشدين في الفقه والقضاء ، بيروت ١٩٨٤ دار العلم للملايين .

Tyan (E): Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam, 2 vol. (1938- 1943), lib. Rec. Sirey.-

الفصل الأول
مفهوم القضاء في الاسلام

٤ ـ تقسيم :

يشتمل هذا الفصل على مبحثين :

المبحث الأول : تاريخ القضاء في الاسلام

المبحث الثاني : التعريف بالقضاء في الاسلام

المبحث الأول
تاريخ القضاء في الاسلام

(أ) ـ القضاة الأنبياء قبل الاسلام

٥ ـ داود وسليمان من أوائل قضاة البشرية :

كان النبي داود عليه السلام من أفذاذ البشرية وأوائل قضاتها . فقد كان ملكاً يقوم على الفصل والقضاء بين الناس ، وعلى إدارة شؤون الملك ، وتدبير الحكم . وأراد الله أن يزيده حكمه وعلماً بفصل الخطاب والقضاء بين الناس ، فأرسل إليه ملكين من الملائكة ، إذ تسورا المحراب ودخلا عليه ، فخاف منهما ، وقد وجدهما بين يديه ، قاعدين أمامه بلا استئذان أو طلب دخول عليه[1] . أجفل وخاف ، ولكنه اطمأن وهما يبديان خصومة جاء يحتكمان لأجلها . وبادره أحدهما بالقول : لا تُشطط (أي لا تتجاوز حد العدل) وآهدنا الى سواء الصراط . وجد داود نفسه أمام أمر واقع ، فاجأه به ، فطلب اليهما الكلام وهو مستمع . فقال أحدهما : « أن هذا أخي ، له تسع وتسعون نعجة ، ولي نعجة واحدة . ولكنه زاد في

---

(١) يراجع في تفصيل هذه القصة : الأستاذ سميح عاطف الزين : مجمع البيان الحديث (قصص الأنبياء في القرآن الكريم) ص ٥٤٦ حتى ٥٤٨ .

طمعه ، حتى غلبه هـواه ، فطلب النعجة الوحيدة التي أملك . . . فجادلته في أمرهـا ، وأبديت عذري في الامتناع عن تركها ، وأبَنْتُ له الفارق بين غناه وفقري ، ولكنه كان أوسع حيلة مني ، فغلبني بنقاشه وأقنعني بحجّه . . انه رجـل أفصح لسـانا ، وأقـوى جدالا ، وأغنى بياناً . . » .

وتراءى لداود أن الحجة التي يمتلكها الرجل الآخر قد تؤدي الى ظلم أخيـه ، فبادر بالحكم قائـلاً : « قد ظلمـك بسؤال نعجتك الى نعـاجه . . وإن كثيـراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض إلاّ الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم » . فالتفت اليه الخصم الثاني وقال له : هذا حكم جائر ، فما عدلت . كيف تستبيح لنفسك الفصل في خصومة لم تستمع فيها إلاّ الى فريق من المتداعيين ؟ وظن داود انما فتناه ، فاستغفر ربه وخرّ راكعا وأناب (الى الله) ثم أطرق ممعناً في التفكير ، فوجد أن خوفاً استقر في قرارة نفسه ، وجزعاً داخل كيانه ، فقد أخِذَ على حين غرة . وعاش لحظات حرجة ، وكل ذلك لمرأى هذين الرجلين ، ولكن ما كان يجدرَ به أن يتسرع في الحكم ؟ وأيقن على الفور أنه قد فعل خلاف الأَوْلى فجاء حكمه بلا روية كما يبدو لأول وهلة . ثم عاد يسائل نفسـه : « مَنْ هما هـذان الرجـلان ، وكيف اقتحما خلوته ، فلا وقت للقضاء، ولا آذن بدخولهما؟ ! وأدرك أنهما من غير البشر . فإذن هما ملكان من السماء ، وقد بعثهما الله لاختباره . . فخرّ راكعاً يستغفر ربه ويتوب اليه . . . وغفر الله له ، وجاءه الوحي معاتباً : ﴿ يا داود إنّا جعلناك خليفة في الأرض ، فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى ، فيضلك عن سبيل الله . . . ﴾ .

وحادثة الملكين مع النبي داود ، إذاً هي أول قضية نظر فيها قاض في تاريخ البشرية وقد ذكرها القرآن الكريم في سورة (ص من الآية ١٧ حتى ٢٦) وذلك منذ خمسة عشر قرناً وعن حادثة تعود إلى آلاف السنين أو أكثر في زمن النبي داود . فقد جاء في القرآن الكـريم حول هذه القضية . ﴿إصبر على ما يقولون واذكر عبدنا داود ذا الأيد انه أواب ، إنا سخرنا الجبال معه يسبحن بالعشي والاشراق ، والطير محشورة كل له اواب ، وشددنا ملكه وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب ، وهل أتاك نبأ الخصم إذ تسوروا المحراب ، إذ دخلوا على داود ففزع منهم قالوا لا تخف خصمان بغى بعضنا على بعض فاحكم بيننا بالحق ولا تُشطط واهدنا الى سواء الصراط ، إن هذا أخي له تسع وتسعون نعجة ولي نعجة واحـدة فقال أكفلنيها وعزّني في الخطاب ، قال لقد ظلمك بسؤال نعجتك الى نعاجه وان كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم وظن داود انما فتناه فاستغفر ربه وخر راكعاً وأناب ، فغفرنا له ذلك وان له عندنا لزلفى وحسن مآب ، يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب ﴾ . فهـذه الآيات ترمي الى معالجة الهوى النفسي لدى القاضي وضرورة اتباعه الحق وعدم التسرع في الحكم قبل استماع حجج المتخاصمين ، وذلك بنظرة قرآنية شمولية لا تتوقف عند حدود زمان ومكان معين بل

تستمر ما دامت الحياة البشرية قائمة على الأرض نشراً للعدل بين الناس الذي هو أمل المجتمعات البشرية في كل مكان وزمان .

وأما النبي سليمان عليه السلام فقد عاش في كنف أبيه داود ، وقد بدت عليه منذ الصغر مواهب الله ومنه من الفهم والفطنة ، كما ظهرت في اقواله وأفعاله بواكر الحكم وحسن القضاء . فإنه عندما كان في الحادية عشرة من عمره ، كان من عادته أن يقعد الى جانب أبيه في مجلسه ، يستمع الى قضائه في الناس . وصادف أن دخل يوما عليه رجلان يحتكمان ، وقد برزت على قسمات وجهيهما ملامح الغضب والنفور . جلس الرجلان أمام داود ، وبدأ أحدهما يدّعي على الاخر[1] وهو يقول : أيها النبي إن لي زرعاً قد أتى ثمره ، ودنت قطوفه ، فلما صار بهجة للناظرين ، انتشرت فيه غنم هذا الرجل (وهو يشير الى خصمه) دون أن يردها رادٌ ، أو يحبسها راع ، فانسابت في الزرع نهاراً ، وسرحت فيه ليلاً ، حتى أهلكته وأتت على آخره ، فصار أثراً بعد عين . . . أنهى المدعي كلامه ، فأشار داود ـ عليه السلام ـ الى المدعى عليه كي يبدي دفاعه ، إن كان لديه من دفاع . . . فأجاب الرجل ، مقراً حق خصمه وهو يقول : إنني صاحب الغنم ، وما أبداه صاحبي فهو حق وصدق ، وليس لدي ما أدفع به التهمة ، فاحكم بيننا عدلا ، وأقض حقا كما علمك الله . تروى داود قليلا ثم قال يفصل في الخصام : يأخذ صاحب الزرع الغنم عوضا عما حاق به من خسارة ، فيكون تعويضاً له ، وجزاء لإهمال صاحبها الذي تركها في أرض الغير ، تتلف رزقه ، وتأتي على ثماره .

وكان سليمان عليه السلام يستمع الى حكم أبيه ، بأذن صاغية ، وانتباه متيقظ ، ورأى أن حكمه لم يراع مصلحة الفريقين ، بل انه وان عوض الخسارة على صاحبها وأنال الجاني جزاءه ، إلاّ أنه لا يحقق العدل الكامل . . . فنظر الى الرجلين ، وقد همّا بالخروج ، مشيراً اليهما بالبقاء في الجلسة ، ثم التفت الى أبيه ، وقال له : غير ما أثبت قد يكون أرفق بالخصمين ، وأوفق لمصلحتهما وللحق . . . ودهش الجمع لجرأة هذا الفتى ، فران على المجلس صمتٌ عجيب ، ولكن داود قطع الصمت بصوته وهو يقول لابنه : هات ما تراه يا سليمان . وانفلتت حجة ابنه التي فهمه إياها الله تعالى ، فقال : تدفع الغنم الى صاحب الزرع ، ينتفع هو وأهله بألبانها وأصوافها وخلفها عدة سنين ، يقوم فيها صاحب الغنم على رعاية شؤون الأرض وإعادة غرسها من جديد ، حتى إذا استوى الغرس وعاد كما كان ، ردت الغنم كما تكون آنذاك الى أهلها ، وأعيدت الأرض وغرسها الى مالكيها وهكذا لا يكون بينهما غرم ولا غنم .

وقد أشار القرآن الكريم الى هذه القصة في سورة الأنبياء (الآيتين ٧٨ و٧٩) حيث

---

(١) يراجع في عرض وقائع هذه القصة التي أشار إليها القرآن الكريم : الأستاذ سميح الزين ، المرجع السابق ص ٥٦١ حتى ٥٦٣

يقول تعالى : « وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ، ففهمناها سليمان وكلاً آتينا حكماً وعلماً . . » .

داود وسليمان من أوائل قضاة البشرية الذين فرّقوا بين الشهود : فقد جاء عند البعض[1] : « أن أربعة من حواشي نبي الله داود هموا بإصابة امرأة ، فامتنعت عليهم فشهدوا عليها عند داود بالزنا ، فهمّ برجمها فبلغ ذلك سليمان ، وهو يلعب مع الصبيان فاستدعى أربعة من الصبيان فشهدوا بمثل ذلك ، ثم فرّقهم وسألهم ، فاختلفوا فردّ شهادتهم فبلغ ذلك داود ، ففرقهم وسألهم فاختلفوا فرد شهادتهم . وقيل أن أول من فرق الشهود النبي دانيال ، شهد عنده أربعة على امرأة بالزنا ، ففرقهم وسألهم ، فاختلفوا فدعا عليهم فنزلت نار فأحرقتهم » .

(ب) ـ القضاء عند العرب في الجاهلية [2]

٦ ـ (أولاً) ـ من هو القاضي في الجاهلية :

لم يكن القضاء في الجاهلية منصباً تُسلّم به كافة الناس ، ولم يكن القاضي إنساناً مختاراً منهم ، أو معيناً من سلطة أعلى منه ، بل كان حَكَماً يتفق عليه المتقاضيان بإرادتهما المشتركة ، فيقصدان اليه حيث هو . وقد كان لكل قبيلة حَكم يحكم بين من تنازع منهم ، حسب تقاليدهم وتجاربهم . فالأغاني يقول في أكثم بن صيفي : انه كان قاضي العرب يومئذٍ . والمَيْداني يقول في عامر بن الظَّرِب : كان من حكماء العرب ، لا تعدل بفهمه فهماً ، ولا بحكمه حكماً . ولو تتبعنا كتب الأدب لرأينا فيها أن العرب كانوا تارة يتحاكمون الى شيخ القبيلة ، وتارة الى الكاهن ، وتارة الى من عُرف بجودة الرأي ، وأصالة الحكم . ومن الصعب وضع حدود فاصلة لاختصاص كل منهم[3] .

وتجدر الإشارة إلى أن الرسول ﷺ كان حكماً في الجاهلية ، فقد كان يتحاكم اليه في الجاهلية قبل الاسْلام . وهذا متفق مع طبائع الأشياء ، فمن سمي « الأمين » في الجاهلية ، كان طبيعياً أن يرتضي الناس حكمه وأن ينزلوا على آرائه .

وقد كان عمر بن الخطاب كذلك من حكام العرب في الجاهلية . فقد روي انه كان يقضي فيما سَبَبَتِ العرب ، بعضها من بعض ، قبل الاسلام ، وقبل أن يبعث

---

(١) الماوردي : أدب القاضي جـ ٢ رقم ١٨٧٨ ص ١٨ .

(٢) الجهل لغة معناه عدم العلم ، ومعناه أيضاً الحمق والأنفة وقد اشتقت كلمة الجاهلية من الجهل وأطلقها المؤرخون العرب والقرآن على الزمان الذي سبق الاسلام ، لما فيه من جهل بالمعنيين ، وذلك بالقياس الى عصر الاسلام وما تلاه من علم ويقظة وحضارة واختصها بعضهم بحقبة من الزمان تقارب القرنين قبيل ظهور الاسلام (يراجع بذلك . الدكتور صبحي محمصاني . الأوضاع التشريعية في الدول العربية ص ١٧ و ١٨ ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٢ ، دار العلم للملايين بيروت) .

(٣) الأستاذ احمد أمين . فجر الاسلام ص ٢٢٥ ، الطبعة العاشرة ١٩٦٩ ، دار العلم للملايين ببيروت .

النبي : بأن من عرف أحداً من أهل بيته مملوكاً في حي من أحياء العرب ، ففداء العبد بالعبدين ، والأمة بالأمتين . أي انه قضى بأن يفدى الحر الذي وقع عليه السباء بعبدين ، والحرة بأمتين[1] .

٧ ـ (ثانياً) ـ مركز القاضي في الجاهلية :

كان القاضي في الجاهلية انساناً متميزاً ، فإذا كان شيخُ القبيلة أو رئيسُها ، فإن رئاسته لم تكن إلّا لما تمتع به من صفات ومميزات . وإذا كان كاهناً ، فالكهنة في الجاهلية هم رجال الدين ، ولا يخفى ما لرجال الدين في جميع العصور والأقطار من سلطان على الناس ، ومن احترام لهم في نفوسهم . وإذا كان من غير هؤلاء ، فلا بد من أن تكون صفاتُه الخُلُقية والنفسية قد أهلته لذلك[2] .

٨ ـ (ثالثاً) مصادر القانون في الجاهلية :

الحكام في الجاهلية لم يكونوا يحكمون بقانون مدون ، ولا بشريعة مكتوبة ، ولا بموجب كتب سماوية ، وإنما يرجعون الى عرفهم وتجاربهم وفراستهم في الأمور ، وما يستنبطه اجتهادُهم من القياس على الأشياء ، برد الأمور الى مشابهاتها ، فكانت أحكامهم أحكام طبع وسليقة ، أتت من غير تكلف ولا تعنت . ولهذا قُبلت لموافقتها الطبع ، وصارت سنّة متبعة ، وعرفاً من الأعراف ، وبينها أحكام ثبّتها الاسلام[3] .

والأحكام التي أصدرها حكّام الجاهلية : كقطع يد السارق اليمنى ، وصلب قاطع الطريق ، لم تصر أحكاماً عامة مشت بين جميع العرب ، وإنما بقيت رأياً واجتهاداً ، قد يتّبعه بعض ، وقد يخالفه بعض آخر . فأحكامهم لهذا أحكام محلية ، قد تصير عرفاً ، إذا انتزعت من صميم الواقع ، وعقلية المحيط[4] .

ويظهر أن مكة ، قُبَيْل الاسلام ، بلغت شيئاً من الرقي في نظامها الحكومي ، ومنه القضاء ، كما يدل على ذلك ما روي عن توزيع الأعمال على عشرة رجال من عشرة أبطن ، ومنها شيء يتعلق بالقضاء عهد به الى أبي بكر في الجاهلية . فقد ذُكر انه عهد إليه بالأشناق وهي الديّات والمغارمُ التي تدفع لاسكات أهل المجنى عليه[5] .

٩ ـ (رابعاً) ـ المحاكم في الجاهلية :

افترض البعض[6] أن تكون المعابد ـ وهي مواضع تجمع الكهان ـ محاكم العرب

---

(١) و (٢) الأستاذ ظافر القاسمي : نظام الحكم ص ص ١٥ ـ ١٦

(٣) الاستاذ جواد علي . المفصّل في تاريخ العرب قبل الاسلام حـ ٥ ص ٥٠٥ مذكور عند الاستاذ ظافر القاسمي ص ٢٠ والهامش ١ من ذات الصفحة .

(٤) الاستاذ جواد علي : ذات المرجع ص ٦٥١ .

(٥) الاستاذ أحمد أمين . المرجع السابق ص ٢٢٦ ـ ٢٢٧ .

(٦) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٢٤ و ٢٥

في الجاهلية ، أو تكون سوق البلدة مكان جلوس قاضي السوق . وذكر أن عامر بن الظَّرب كان يجلس قدام بيته ، وان غَيْلان بن الثَقَفي كانت له ثلاثة أيام : يوم يحكم بين الناس ، ويوم ينشد فيه شعرَه ، ويوم ينظر فيه الى جماله .

١٠ ـ (خامساً) ـ أحكام من الجاهلية :

يذكر البعض[١] أن الأحكام التي صدرت في الجاهلية لم يصل الينا منها إلّا القليل ، وهي مبعثرة في كتب الادب والتاريخ ومنها : أن عمر بن الخطاب قضى في الجاهلية بأن يُفتدى العربي الحر بعبدين ، وان تفتدى العربية الحرية بأَمَتَيْن[٢] . وأن يَعْمر بن عوف سمّي « الشدّاخ » لشدخه ـ أي ابطاله الدماء بين قبيلتي قريش وخزاعة . وكانت قريش قاتلت خزاعة ، وأرادوا اخراج خزاعة من مكة . فتراضى الفريقان بيَعْمر ، فحكم بينهم وساوى بين الدماء ، وعلى الّا تخرج خزاعة من مكة . وان ذا المجاسد ـ وهو عامر بن جُشَم ـ **ورَّث ماله لأولاده في الجاهلية : للذكر مثل حظ الأنثيين** ، مع أن العرب كانوا متفقين على توريث البنين دون البنات ، فوافق حكمه حكم الاسلام . وإن عامر بن الظَّرب العدواني حكم في موضوع الخنثى حكماً جرى الاسلام به[٣] ، فقد اختصم اليه في ميراث خنثى ، له ما للرجل وما للمرأة ، فقال له المتخاصمان : أتجعله رجلاً أو امرأة ؟ فقال : حتى أنظر في أمركم ، فوالله ما نزل بي مثل هذا منكم يا معشر العرب . فاستأخروا عنه فبات ليلته ساهراً ، يقلّب أمره ، وينظر في شأنه ، لا يتوجه له منه وجه . وكانت له جارية يقال لها : سُخَيْلة ترعى عليه غنمه ، وكان يعاتبها إذا سرحتْ فيقول : صبَّحْتِ والله يا سخيل . وإذا أراحت عليه قال : مسّيْتِ والله يا سخيل ، وذلك أنها كانت تؤخر السرح حتى يسبقها بعض الناس ، وتؤخر الإراحة حتى يسبقها بعض . فلما رأت سهر مخدومها ، وقلة قراره على فراشه ، قالت : مالك لا أبا لك ، ما عراك في ليلتك هذه ؟ قال : ويلك . دعيني ، أمر ليس من شأنك . ثم عادت له بمثل قولها . فقال في نفسه : عسى أن تأتي مما أنا فيه بفَرَج . فقال : اختُصم إليّ في ميراث خنثى ، أأجعله رجلاً أو امرأة ؟ فوالله ما أدري ما أصنع ، وما يتوجه لي فيه وجه . فقالت سبحان الله ، لا أباً لك ، أَتْبع القضاءَ المَبال . أقعده ، فإن بالَ من حيث يبول الرجل فهو رجل ، وإن بال من حيث تبول المرأة فهي امرأة . قال : مَسّي سُخَيْلُ بعدها أو صَبِّحي . فرَّجْتها والله . ثم خرج على الناس حين أصبح ، فقضى بالذي أشارت عليه به .

وحكم أيضاً في الخنثى ذَرِب بن حَوْط الطائي في الجاهلية مثل حكم عامر بن الظرب[٤] .

---

(١) الاستاذ ظافر القاسمي . المرجع السابق ص ٣١ حتى ٣٤

(٢) الأَمَة · الخادمة غير الحرة .

(٣) و (٤) الأستاذ ظافر القاسمي . المرجع السابق ص. ص ٣٣ - ٣٤ .

(ج) المراحل التي مرّ بها القضاء في الاسلام :

يقسم الفقهاء المسلمون المراحل التي مرّ بها القضاء في الاسلام كالآتي[(١)] :

١١ - (أولاً) - القضاء في عهد النبي محمد[(٢)] :

(١) - النبي أول قاض في الاسلام :

إن أول من قام بوظيفة القضاء في الإسلام هو النبي محمد[(٣)] ، فإنه - كما كان مأموراً بالدعوة الى الدين - كان مأموراً بالحكم والقضاء بين الناس فيما يكون بينهم من خصومات ومنازعات .

فقد جاء في الحِلْف الذي عقده الرسول بين المهاجرين وبين أهل المدينة من المسلمين واليهود وغيرهم : «أنه ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حَدَثٍ أو شجار يُخاف فسادُه ، فإن مردّه الى الله عزّ وجلّ وإلى محمد رسول الله » . وهذا صريح في أن النبي الكريم كان الفصل بين سكان المدينة الأصليين والقادمين إليها من المهاجرين ، فإليه وحده يردون كل نزاع ، وهو قاضيهم الوحيد في كل خصومة[(٤)]

وقد كان النبي ﷺ يقضي بين المتنازعين ويحكم بين المتشاجرين .

وروى أبو هريرة أن النبي قال : « إذا جلس القاضي للحكم بعث الله اليه ملكين يسدّدانه فإن عدل أقاما وان جار عرجاه وتركاه »[(٥)] .

(٢) مصادر القانون في عهد النبي محمد :

كان الرسول الكريم يرجع في قضائه الى القرآن ، أو ما يهديه اليه الله عن نظر واجتهاد . فقد كان يفصل بين المتنازعين ببساطة تامة مبرأة من أُبّهة القضاة وكبرياء الحكام ، فهو يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر ، ويصرح لأصحابه بأنه لم يؤت علم الغيب ، فقد يختصم اليه متقاضيان منهم ، فلعل أحدهما ألحن بحجته من الآخر : « إنما

---

(١) الأستاذ زكي الدين شعبان المرجع السابق ص ٧ حتى ١٥ ، الدكتور محمد سلام مدكور . المرجع السابق ص ٢١ حتى ٣٢ ؛ الاستاذ علي علي منصور : نظم الحكم والادارة في الشريعة الاسلامية ص ٣١٨ حتى ٣٢٤ ، الطبعة الأولى ١٩٦٥ مطبعة مخيمر بالقاهرة ، الاستاذ عبد الباقي البكري : المدخل لدراسه القانون والشريعة الاسلامية جـ ١ رقم ١٨٤ ص ٤٧١ حتى ٤٧٣

(٢) وُلد النبي محمد سنة ٥٧٠ م وبدأ رسالة الاسلام سنة ٦١٠ م وتوفي سنة ٦٣٢ م (الدكتور صبحي محمصاني الأوضاع التشريعية ص ٨٣) .

(٣) يرى الأستاذ ميّو أن النبي محمداً لم يكن قاضياً وإنما كان مجرد حكم يتفق عليه المتخاصمان
(V. Milliot L.: Introduction à l'étude du droit Musulman, Rec. Sirey 1970, n° 853 p. 691).

(٤) الدكتور صبحي الصالح : النظم الاسلامية ، دار العلم للملايين بيروت ١٩٨٠ ، ص ٣١٨

(٥) أبو الحسن الماوردي : أدب القاضي ، تحقيق محيي هلال السرحان، بغداد ١٩٧١ ، الجزء الأول رقم ١٥ ص ١٣٠

أنا بشر مثلكم وانكم تختصمون إليّ ولعلّ بعضَكم ألحنُ بحجته[1] من بعض » ، فمن قضي له بشيء ليس حقاً له فإنما هي قطعة من النار ، فليأخذها أو ليدعها[2] .

(٣) بعض أحكام النبي :

روى العلماء الكثير من الأحكام التي أصدرها النبي نذكر هنا بعضها[3] :

ـ ان ناقة البرّاء بن عازب دخلت حائطاً (بستاناً) فأفسدت فيه ، فقضى النبي « على أهل الحوائط : حفظها بالنهار ، وما أفسدت المواشي بالليل ، ضامن على أهلها » .

ـ وان النبي أقطع أبا بكر وربيعة الأسلمي أرضاً ، فيها نخلة مائلة أصلها في أرض ربيعة وفرعها في أرض أبي بكر ، وادعى كل منهما أنها له . فانطلقا الى النبي فقضى أن الفرع لمن له الأصل .

ـ وان خنساء ابنة خدّام الانصارية زوّجها أبوها وهي ثيّب (أي بعد مفارقة زوجها الأول) فكرهت ذلك فأتت النبي فردّ زواجها فقالت له : ما كنتُ لأردّ على أبي شيئاً صنعه ، ولكن أحببت أن يَعْلم النساءُ أن لهن في أنفسهن أمراً .

ـ وان امرأة طلّقها زوجها وأراد أن ينزع ولدها منها فجاءت الى النبي فقال لها : أنتِ أحق به ما لم تتزوجي .

ـ وان رجلاً عضّ يد رجل آخر فنزع يده من فمه فوقعت ثنيتاه ـ أسنان مقدم الفم ـ فاختصموا الى النبي فقال : يعضّ أحدكم يد أخيه كما يعضّ الفحل (الذَكَر من الحيوان) لا دية لك .

ـ وان رجلاً اختصم آخر في أرض فقال له النبي : ألك بينة ؟ قال : لا . فقال : فيمينه ؟ فقال المدعي : انه فاجر لا يبالي باليمين ، فقال له : ليس لك إلاّ ذاك .

وإذا ما أصدر النبي عليه السلام حكمه كان على المتخاصمين أن يسلّما به تسليماً ، فحكمه مقترن بالتنفيذ المعجل الذي لا حاجة معه الى الإستئناف والنقض[4] ، كما قال الله : ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكّموك فيما شَجَر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حَرَجاً مما قَضَيتَ ويسلموا تسليماً ﴾ .

(٤) قضاة النبي :

الواقع أن بساطة الحياة في عهد النبي لم تكن تستدعي في المدينة ذاتها كثيراً من

---

(١) ألحن بحجته : أفطن بها وأبصر ، فقد يزخرف الباطل فيتغلب على الحق . الدكتور مدكور ص ٢٢

(٢) الدكتور صبحي الصالح . المرجع السابق ص ٣٢٠ .

(٣) يراجع في ذلك . الأستاذ ظافر القاسمي ص ٨٤ حتى ٨٩ ، الاستاذ زكي الدين شعبان ص ٨

(٤) الدكتور صبحي الصالح . المرجع السابق ص ٣٢٠

القضاة ، وحسب القوم فخراً أن يكون قاضيهم في خلافاتهم القليلة المحدودة رسول الله . على أنه لما اتسعت رقعة الدولة الاسلامية ، بعث النبي عليه السلام ولاة الى بعض الأقاليم وعهد إليهم بالقضاء ، فكان الوالي هو الحاكم والقاضي[1] . ومن هؤلاء عليّ بن أبي طالب فقد بعثه الى اليمن والياً وقاضياً ولم يختبره لعلمه به ودعا له قائلاً : « اللهم أهدِ قلبه وسدّد لسانه » ثم أرشده الى ما يعينه على الوصول الى الحق ، فقال : « إذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضِينّ حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء » . قال الامام علي : « فما زلت قاضياً ، وما شَكَكْتُ في قضاء بعد » . واستخلف الرسول عتّاب بن أسيد على مكة بعد الفتح والياً وقاضياً وقال : « يا عتّاب انْهَهُمْ عن بيع ما لم يقبضوا وعن ربح ما لم يضمنوا »[2] . وبعث مُعَاذ ابن جبلٍ الى الجَنَد[3] ليعلم الناس القرآن والشريعة ويقضي بينهم ، وهو الذي أجاب النبي عن مصادر الحكم عندما سأله : كيف تقضي إذا عرض لك قضاء . وقلّد النبي دحية الكلبي قضاء ناحية اليمن وكان يشبهه بجبريل عليه السلام[4] .

وكان النبي الكريم يعلم أصحابه أصول الدعوى ، وأساليب التظلم والشكوى ، فعلى المدعي أن يبين الحق بالدليل ، وعلى خصمه إن أنكر أن يحلف اليمين « البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر » .

ولم يكن عليه السلام يقلد القضاء أحداً طلبه ، ولا سيما إن كان ضعيفاً لا يقدر على إقامة الحق ، فقد قال لأبي بردة بن أبي موسى الأشعري ورجلين من بني عمه : « إنّا والله لا نولي هذا العمل أحداً سأله » . وقال لأبي ذر الغفاري يوم سأله أن يستعمله : « يا أبا ذر ، إنك ضعيف ، وإنها أمانة ، وإنها يوم القيامة خزي وندامة إلّا من أخذها بحقها ، وأدى الذي عليه فيها » . وقال بصورة عامة واعظاً مرشداً : « من ابتغى القضاء وسأل فيه الشفعاء وكُل الى نفسه ، ومن أكره عليه أنزل عليه مَلَكٌ يسدّده »[5] .

(١) الأستاذ ظافر القاسمي المرجع السابق ص ٩٠ ، الدكتور محمد مدكور : المرجع السابق ص ٢٢ و ٢٣ ؛ الاستاذ ركي الدين شعبان : المرجع السابق ص ٩ ، الاستاد علي منصور : المرجع السابق ص ١٣ ؛ الدكتور صبحي الصالح : المرجع السابق ص ٣١٩ .

(٢) الماوردي أدب القاضي جـ ١ رقم ١٨ ص ١٣١ .

(٣) الجَنَد : بلدة في اليمن بينها وبين صنعاء حوالي ٧٥ ميلاً وينسب اليها كثير من العلماء (الأستاذ ركي الدين شعبان : المرجع السابق ص ١٠) .

(٤) الماوردي : أدب القاضي جـ ١ رقم ٢٠ ص ١٣٢ .

(٥) الدكتور صبحي الصالح : المرجع السابق ص ٣٢٠ .

١٢ - (ثانياً) - القضاء في عهد الخلفاء[١] :

(١) القضاء في عهد أبي بكر :

وعلى ذات طريقة النبي سار أبو بكر فكان يقضي بين الناس في المدينة ، وكان ولاته يقضون بين الناس في الأقاليم . وكانت مصادر القانون في عهده : القرآن والسنة والاجتهاد بعد البحث ومشورة الصحابة[٢] . وذكر البعض أنه أسند القضاء في المدينة الى عمر ، فظل سنتين لا يأتيه متخاصمان لما عرف به من الشدة[٣] ، كما أنه بعث أنساً قاضياً إلى البحرين .

(٢) القضاء في عهد عمر بن الخطاب .

ولما انتشر الاسلام في عهد عمر وازدادت أعباء الحكم ، وتوسعت مهام الولاة ، فصل عمر بن الخطاب القضاء عن الولاية ، وعيّن للقضاء أشخاصاً غير الولاة[٤] ، وفصل بين السلطتين التنفيذية والقضائية : فعيّن أبا الدرداء معه قاضياً في المدينة ، وعيّن شُرَيحاً قاضياً في البصرة ، وعيّن أبا موسى الأشعري قاضياً في الكوفة[٥] .

وظل القضاة في عهده يرجعون في قضائهم الى القرآن ، فإن لم يجدوا حكماً التمسوه في السنة ، فإن لم يعرفوا فيها شيئاً ، سألوا الفقهاء المجتهدين هل فيهم من يعرف شيئاً في السنة في هذا الأمر[٦] ، فإن وُجِدَ أخذوا بما يقول بعد الإستيثاق ، وإلّا اجتهدوا اجتهاداً جماعياً إذا كان الموضوع له علاقةَ بالمبادىء الأساسية للجماعة ، واجتهاداً فردياً في الجزئيات الخاصة بالأفراد[٧] .

وقد شهد النبي على عدالة عمر ، حيث قال : « أينما دار عمر فالحق معه »[٨] . ومن قضاة عمر كذلك : أبو مريم اياس بن صبيح الحنفي ، فقد عينه الخليفة عمر على البصرة ثم عزله بناء على شكوى الناس من ضعفه . إذ بلغه أنه أثناء نزاع بين رجلين على دينار ، أصلح أبو مريم بينهما ، ودفع الدينار من ماله ، فكتب اليه عمر: « إني لم

---

(١) يمتد عهد الخلفاء من وفاة النبي الى وفاة عليّ بن أبي طالب ، أي من سنة ١١ هـ الى سنة ٤٠ هـ / ٦٣٢ م - ٦٦١ م (الدكتور صبحي محمصاني . الأوضاع التشريعية ص ٨٦)

(٢) الأستاذ زكي الدين شعبان : المرجع السابق ص ١٠ .

(٣) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٢٥ ، الاستاذ علي علي منصور : المرجع السابق ص ٣٢٠

(٤) يشك الأستاذ ميّو في كون عمر قاضياً أو كونه عيّن قضاة ويرى أن التحكيم بقي سائداً حتى في عصره -Millot: op. cit n° 853 p 691

(٥) ابن خلدون (عبد الرحمن) . المقدمة ، الجزء الأول ص ١٧٤ ؛ الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٢٦ ؛ الاستاذ زكي الدين شعبان . المرجع السابق ص ١١

(٦) والذي كان يدعوهم الى ذلك هو أن السنة لم تكن مجموعة في كتاب ، بل كانت محفوظة في صدور الناس يحفظ أحدهم منها ما لا يحفظه الآخر

(٧) الدكتور محمد سلام مدكور المرجع السابق ص ٢٨ .

(٨) الدكتور صبحي محمصاني تراث الخلفاء الراشدين ، بيروت ١٩٨٤ ، ص ١٦١

أوجهك لتحكم بين الناس بمالك ، إنما وجهتك لتحكم بينهم بالحق » . وروى ابن حزم عن عمر أنه ولّى الشفاء العدوية ، وهي امرأة من قومه ، ولاية الحسبة في السوق[1] .

(٣) القضاء في عهد عثمان بن عفان :

كان عثمان بن عفان أول من خصص داراً للقضاء ، وكان القضاء في عهد الخليفتين قبله في المسجد . وكان عثمان يستشير في قضائه علياً وغيره قبل إصدار حكمه . وقد عرض منصب القضاء على عبد الله بن عمر ، فاعتذر عن القبول ، رغم إصرار عثمان . وقال له : « أما سمعت رسول الله يقول من استعاذ بالله فأعيذوه ، وأنا أعوذ بالله أن أكون على القضاء » . وقيل أن عثمان بن عفان لم يستعمل قاضياً بالمدينة الى أن قتل[2] .

وقد روي ان الامام علياً كان قد بنى ، على عهد عمر بن الخطاب، ضفيراً لسد ماء السيل بين أرضه وأرض طلحة بن عبد الله . فاختصما بسببه الى عثمان بن عفان . فركب هذا مع الطرفين الى مكان الضفير ، حتى رآه . ثم قال : « لا أرى منه ضرراً ، وقد كان على عهد عمر ، ولو كان جوراً لم يدعه »[3] . وهذا الذي قام به عثمان يشبه في أيامنا الكشف الحسي أو المعاينة المادية التي يقوم بها القاضي بالكشف على مكان الحادث .

(٤) القضاء في عهد أمير المؤمنين علي بن أبي طالب :

لقد شهد النبي أن : « القضاء كما يقضي علي . أو أقضى أمتي علي . أو أقضاكم علي » . وشهد الصحابة ، ومنهم عبد الله بن مسعود وأبو هريرة ، بأن علياً كان أقضى أهل المدينة . وقال عمر عنه : « أقضانا علي » . وكان يتعوذ بالله من معضلة تحدث له وليس لها أبو الحسن فيقول : « لولا علي لهلك عمر »[4] . وقيل لعطاء : « أكان من أصحاب محمد أحد أعلم من عليّ ؟ قال : « والله ما أعلمه » . وكان معاوية يكتب فيما ينزل عليه ليسأل له عليّ بن أبي طالب عنه ، فلما بلغه قتله قال : « ذهب العلم بموت عليّ » ومن كلام ضرار فيه ، وقد طلب منه معاوية وصفه بعد وفاته ، فقال : « كان ، والله ، بعيد المدى ، شديد القوى ، يقول فصلاً ، ويحكم عدلاً ، يتفجر العلم من جوانبه ، وتنطق الحكمة من نواحيه »[5] .

وحكم علي بين الناس ، ولما خرج الى البصرة استخلف عبد الله بن عباس على

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٦٤ و ١٦٥

(٢) وكيع · أخبار القضاة حـ ١ ص ١١٠

(٣) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٦٠

(٤) الدكتور صبحي محمصاني تراث الخلفاء الراشدين ص ١٦٢ .

(٥) النباهي الاندلسي : تأريخ قضاة الأندلس ص ٢٣

المدينة ، وولّى أبا الأسود الدؤلي امارة البصرة وقضاءها ، وكلفه بوضع كتاب في أصول النحو ، ثم عزله بعد مدة لثرثرته ، لأن « كلامه كان يعلو على كلام الخصمين » .

وكان أمير المؤمنين علي يتعهد الولاة والقضاة بالارشادات والتوجيهات (١) ، وقد تحدثت كتب القضاء والفقه والتاريخ عن اجتهاد هذا الامام القاضي وعن أحكامه التي اتصفت بالفطنة والذكاء ، والدقة وصواب التفكير وأدت الى إحقاق الحق وإقامة العدل (٢) .

ونحن هنا نذكر بعض الأمثلة عن تلك الأقضية اختارها الدكتور صبحي المحمصاني في كتابه « تراث الخلفاء الراشدين »(٣) ، على أن نذكر غيرها في مواضع أخرى .

منها قضية نسب : ادعى غلام أمام عمر على امرأة أنها أمه . فجاءت المرأة بنفر شهدوا بأنها لم تتزوج ، وأن الولد كاذب . فأمر عمر بضرب المدعي حد القذف . فعلم الامام علي بذلك ، فتدخل وعرض على الغلام أن يتزوج المدعى عليها . فصرخت المرأة : « الله الله ، هو النار ، والله ابني » . ثم أقرت أن أهلها زوجوها زنجياً دون رضاها ، فحملت منه هذا الغلام . وذهب الزوج غازياً فقتل ، وبعثت هي بالولد الى قوم نشأ بينهم ، وأنفت أن يكون ابنها . فحكم علي بثبوت نسب الغلام ، وبإلحاقه بالمدعى عليها(٤) .

وقضية قتل : ادعى شاب لدى الإمام علي أن أباه ذهب مع نفر في سفر ، وأنهم لما عادوا زعموا أن والده مات ولم يترك له شيئاً من المال ، وان القاضي شريحاً استحلفهم وأخلى سبيلهم . فأمر أمير المؤمنين علي بتوكيل شرطيين بكل من المدعى عليهم ، لمنعهم من الاختلاط فيما بينهم . ثم استجوب كلاً منهم على حدة ، عن تفصيلات يوم خروجهم ، ومكان نزولهم ، وعلة موت رفيقهم ، وكيف أصيب بماله ، وكيف دفن وأين ، وما شاكل من الأسئلة الدقيقة . فكانت الأجوبة متناقضة . فأمر بسجنهم ، فظن كل منهم أن صاحبه قد أقر . فأقروا عندئذٍ جميعاً بحقيقة القضية . وبالنتيجة حكم الإمام بتغريمهم المال ، وبإعدامهم قصاصاً(٥) . فهذه القضية تثبت جواز تفريق المدعى عليهم ، لأجل التحري والاستقصاء عن الحقيقة ، وتثبت أيضاً أن الإقرار الناتج عن

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٦٦ .

(٢) يراجع في ذلك : التستري (محمد تقي) : قضاء أمير المؤمنين علي بن أبي طالب ، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات بيروت .

(٣) ص ١٨٢ و ١٨٣ .

(٤) وهذه القصة مذكورة أيضاً وبالتفصيل عند التستري : ص ٩ و ١٠ .

(٥) وهذه القضية مذكورة أيضاً وبالتفصيل عند التستري : المرجع السابق ص ٢١ و٢٢ و٢٣ .

ذلك يعتبر صحيحاً غير مشوب بالإكراه[١] .

وقضية من مكر النساء : كانت امرأة تهوى شاباً لا يبادلها الهوى . فصبت بياض بيض على ثوبها وبين فخذيها ، واشتكت الى عمر ، صارخة أن الشاب غلبها على نفسها ، وفضحها بين أهلها ، مشيرة الى الآثار التي افتعلتها . فأنكر الشاب الدعوى . وأحال عمر القضية الى الإمام علي . فأمر علي بماءٍ حار ، صبّه على الثوب ، فجمد ذلك البياض . وهكذا ، ظهرت الحقيقة بفطنته ودقة بصره ، فقام ذلك مقام التحليل الكيماوي . وبالنتيجة زجر الامام المرأة ، فاعترفت بحيلتها ، وقضى برد دعواها[٢] .

وحادثة لغز وتورية . وهي أن عمر بن الخطاب لقي حذيفة بن اليمان ، فقال له كيف أصبحت يا بن اليمان ؟ فقال أصبحت والله أكره الحق ، وأحب الفتنة ، وأشهد بما لم أره ، وأحفظ غير المخلوق ، وأصلي على غير وضوء ، ولي في الأرض ما ليس لله في السماء ، فغضب عمر من قوله وأمر بسجنه . ولما بلغ أمره الإمام علياً ، قال لعمر أن الرجل صادق ، فقد كان يقصد أنه يكره الموت وهو حق ، ويحب المال والولد وهما فتنة لقوله تعالى : ﴿ إنما أموالكم وأولادكم فتنة ﴾ ، ويشهد بالوحدانية والموت والبعث والقيامة والجنة والنار والصراط ولم ير ذلك كله ، ويحفظ القرآن كتاب الله وهو غير مخلوق ، ويصلي على رسول الله على غير وضوء والصلاة عليه جائزة ، ويقصد أن له زوجة وولد والله تعالى لا زوجة له ولا ولد . فقال عمر كاد يهلك ابن الخطاب لولا علي[٣] .

ومنها كذلك قضايا تتعلق بتعيين خبراء أو أطباء شرعيين وامتناع العقاب لانتفاء المسؤولية بالإكراه والجنون وهي أمور تدخل في باب أصول المحاكمات الجزائية وقانون العقوبات ننتقي منها الآتي : فقد رُوي أنه أتي أمير المؤمنين بإمرأة بكر زعموا أنها زنت ، فأمر النساء فنظرن اليها فقلن هي عذراء ، فقال ما كنت لأضرب من عليها خاتم من الله ، وكان يجيز شهادة النساء في مثل هذا . وروي عنه أيضاً أنه أتي بامرأة مع رجل قد فجر بها فقالت استكرهني والله يا أمير المؤمنين فدرأ عنها الحد . وروي أن عمر أتي بامرأة مجنونة حبلى فقد زنت ، فأمر عمر برجمها ، فقال علي له يا عمر أما سمعت رسول الله يقول : رفع القلم عن ثلاثة : المجنون حتى يبرء[٤] .

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٨٣ .
(٢) يراجع في تفصيل هذه القضية أيضاً : التستري ، المرجع السابق ص ١٦
(٣) التستري : المرجع السابق ص ١١٠
(٤) التستري : المرجع السابق ص ٤٦ .

١٣ ـ (ثالثاً) ـ القضاء في عهد الأمويين[١] :

(١) مزايا القضاء في عهد الأمويين :

إمتاز القضاء في هذا العهد بمزيتين : الأولى هي استمراره لما كان عليه الحال في عهد الخلفاء ، من أن القاضي كان مجتهداً يحكم برأيه واجتهاده إذا لم يجد في القضية نصاً قاطعاً أو اجماعاً سابقاً . والثانية : عدم تأثره بالسياسة وظل القضاة مستقلين لا يتأثرون بميول الدولة الحاكمة ، وكانوا مطلقي التصرف وكلمتهم نافذة حتى على الولاة[٢] .

وفي هذا العهد عُرف تسجيل الأحكام في سجل خاص ، وأول من قام بذلك قاضي مصر في عهد معاوية بن سفيان : القاضي سليم بن عتر[٣] ، وكان قد قضى في ميراث بين ورثة تخاصموا اليه ، ثم تناكروا الحكم الذي أصدره ، فعادوا اليه مرة ثانية فحكم بينهم ودوّن الحكم في سجل خاص فكان أول حكم قضائي يسجل في الاسلام[٤] .

(٢) القضاء في عهد الخليفة الأموي عمر بن عبد العزيز :

كان الخلفاء الأمويون ، بوجه عام ، يسيرون في الدولة على نهج الملوك ، باتخاذ الحجاب ومظاهر الأبهة . وكان بعضهم يستعمل سلطانه للبطش والسيطرة والكسب . وقد شذّ عن ذلك الخليفة الأموي عمر بن عبد العزيز[٥] ، فأعاد الخلافة الى سابق نهج الخلفاء الراشدين . فلقب لذلك عن حق بخامسهم[٦]

ولما كان والياً على المدينة ، قبل خلافته ، استقضى عليها عبد الرحمن بن يزيد الأنصاري ، ثم خلفه أبو بكر بن عمرو بن حزم . ولما ولي الخلافة ، بقي أبو بكر هذا قاضياً على المدينة . وكان على قضاء مكة داود بن عبد الله الحضرمي ، وعلى مصر أيوب ابن شرحبيل ، وعلى فلسطين النصر بن مريم الحِميري ، وعلى الاردن عبادة بن نسي الكندي ، وعلى بعلبك العباس بن نُعيم الأوزاعي ، وعلى الجزيرة عدي بن عدي . وعلى خراسان الجراح بن عبد الله الحكمي . وأثناء خلافته ، استقضى على الكوفة القاسم بن عبد الرحمن ، وعامر الشعبي ، وعلى دمشق عبد الرحمن العذري ، وعلى

---

(١) تولّى بنو أمية الخلافة الاسلامية من سنة ٤١ هجرية / ٦٦١ ميلادية حتى سنة ١٣٢ هـ / ٧٥٠ م (الدكتور صبحي محمصاني : الأوضاع التشريعية ص ٩٠ ـ ٩١) .

(٢) الأستاد علي منصور المرجع السابق ص ٣٢٢ .

(٣) تولّى القاضي سليم بن عتر القضاء سنة ٤٠ هجرية / ٦٦٠ ميلادية ومكث فيه الى موت معاوية سنة ٦٠ هجرية / ٦٨٠ ميلادية (الدكتور محمد سلام مدكور ص ٣٠ هامش ١) .

(٤) الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٥٢٦ ، الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٣٠ ، الاستاذ زكي الدين شعبان : المرجع السابق ص ١٥ ؛ الاستاذ علي منصور : المرجع السابق ص ٣٢٣ .

(٥) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ٧٣ .

(٦) ولد سنة ٦١ هجرية / ٦٨١ م وتوفي سنة ١٠١ هـ / ٧٢٠ م (الزركلي : الاعلام جـ ٥ ص ٥٠)

اليمن وهب بن منبّه ، وعلى الأهواز سالم بن سالم[1] .

وكان من أعمال عمر بن عبد العزيز الأولى عزل الولاة الظالمين . وقد وضع شروطاً صريحة لتولي القضاء[2] وإقامة العدل . ولما كتب اليه واليه على خراسان أن القوم لا يكفيهم إلاّ السوط والسيف ، أجابه : « لقد كذبت ، بل يصلحهم العدل والحق ، فابسط ذلك فيهم » ، وقال له : « لا تضربن مؤمناً ولا معاهداً إلاّ في حق ، واحذر القصاص » . وقد سمع عمر شكوى أهالي سمرقند ، بخصوص غدر جيش قتيبة ، وأحال شكواهم على القضاء . وقد رد مظالم بني أمية . فرد أموال آل معاوية التي كانت لبني هاشم . ورد كل أرض اغتصبها الوليد وسائر الأمويين الى أصحابها . منها أمره العباس بن الوليد بأن يرد ضيعة كان اغتصبها والده من رجل ذمي من أهل حمص ، وكان سجلها باسم ابنه العباس[3] .

وكان ابن عبد العزيز يهدف دائماً الى العدل المثالي ، ويتابع التحري عنه لأجل تطبيقه . فقد سأل مرة محمد بن كعب عن معنى العدل . فأجابه : « سألت عن أمر جسيم : كن لصغير الناس أباً ، ولكبيرهم ابناً ، وللمثل منهم أخاً ، وللنساء كذلك . وعاقب الناس على قدر ذنوبهم » . وقال في خطبة له : « ما منكم من أحد تبلغنا عنه حاجة إلاّ أحببت أن أسد حاجته ما قدرت عليه » : وكان يقول : « إني وجدت كثيراً ممن كان قبلي من الولاة ، غرّ الناس بسلطانه وقدرته . . . فلما وُليت أتوني بذلك ، فلم يسعني إلاّ الرد على الضعيف من القوي ، وعلى الدنيء من الشريف » .

فهذا العدل يدل على ما يتحلى به عمر من جرأة في قول الحق وفي تطبيقه العملي .

ومما لا ريب فيه ان معاناة العدالة القضائية والاجتماعية تصقل النفوس بالتجارب ، وترهف الحس بالمخالطة . فبعد أن كان عمر بن عبد العزيز ، قبل إمارته وخلافته ، يتصرف في حياته الخاصة بالزهوّ والكبر والترف ، أصبح بعد ذلك يتصف بالتواضع والزهد والتقشف ، حتى قيل أن مشيته أصبحت مشية الرهبان .

فقد شهد الامام مالك بذلك ، إذ قال عنه : « كان عندنا ها هنا رجلاً صالحاً عدلاً . فلما ولي الخلافة ازداد وارتفع وزهد في الدنيا ، وارتفع الى فوق ما كان عليه »[4] .

---

(1) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٦٦ .
(2) يراجع لاحقاً فقرة ٢٦ ، رقم ٢ .
(3) الدكتور صبحي محمصاني . تراث الخلفاء الراشدين ص ٧٦ و ٧٧ .
(4) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ٧٨ و ٧٩ .

١٤ - (رابعاً) - القضاء في عهد العباسيين[١]

وفي هذا العهد اتسع نطاق العمران ، وانتشر الاسلام ، وازداد النشاط العلمي والاقتصادي والاجتماعي ، فظهر الجدل الفقهي وقامت المذاهب الأربعة ، وعرف التقليد ، وضعفت روح الاجتهاد ، واختلفت أحكام القضاة : فكان القاضي في العراق يحكم وفق المذهب الحنفي ، وفي الشام والمغرب وفق المذهب المالكي ، وفي مصر وفق المذهب الشافعي ، وإذا تقدم خصمان على غير المذهب الشائع في البلد أناب القاضي عنه قاضياً آخر يحكم وفق مذهب المتخاصمين . وقد عمد بعض الخلفاء العباسيين الى التدخل في استقلال القضاة ، مما جعل الفقهاء يزهدون في هذا المنصب ، ويتهربون منه ، ومن هؤلاء أبي حنيفة النعمان[٢] ، وزُفر صاحب أبي حنيفة ، والامام أحمد بن حنبل .

وقد أنشئت في هذا العهد وظيفة قضائية جديدة : هي وظيفة قاضي القضاة ، وقد عيّن فيها أبو يوسف[٣] وسُمّي قاضي القضاة[٤] ، فأصبح هو الذي يشرف على أمر تعيينهم ، وعزلهم ، وكان يتفقد أحوالهم وأعمالهم ، وهو أول من ميّز القضاة بزي خاص بهم يميزهم عن بقية الناس[٥] .

١٥ - (خامساً) - القضاء في لبنان أيام الدولة العثمانية

عندما تأسست الدولة العثمانية في أوائل القرن الرابع عشر في الأناضول ، كانت الدول العربية آنئذٍ (ومنها بلاد الشام : سوريا ولبنان) خاضعة للشريعة الاسلامية كقانون عام ، وكان قضاة الشرع بوجه عام يشكلون المحاكم العادية . وبقيت الحال كذلك حتى القرن السادس عشر حيث أخذ الأتراك بالاستيلاء عليها تدريجياً ، وخضعت بلاد الشام لهم سنة ١٥١٦ م[٦] .

---

(١) تولى العباسيون الحكم سنة ١٣٢ هـ / ٧٥٠ م (الأستاذ زكي الدين شعبان ص ١٥) .

(٢) وذُكر أن أبا هبيرة والي العراق في عهد بني أمية عرض منصب القضاء على أبي حنيفة فرفض وأصر على رفضه رغم حبسه وضربه بالسوط حتى تورم رأسه ، ثم هرب الى مكة وأقام فيها حتى خلافة العباسيين (الدكتور محمد سلام مدكور ص ١٤) .

(٣) أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم ، صاحب أبي حنيفة ، وذلك في عهد هارون الرشيد .

(٤) وكان يسمى في الأندلس قاضي الجماعة : Milliot n° 870 p. 699

(٥) الدكتور محمد سلام مدكور . المرجع السابق ص ٣١ ، الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٢٣٥ وما بعدها وذَكَر انه لا يُعلم هل أَخَذَ ذلك عن الفرس ، أو الروم ، أو كان من بنات أفكاره ، وأن أبا يوسف ولد عام ١١٣ هـ / ٧٣١ م وتوفي عام ١٨٢ هـ / ٧٩٨ م . ويَذكر ان هذا اللباس كان عبارة عن عمامة سوداء للرأس أو قلنسوة طويلة عالية ، وثوب خزّ أو كساء من صوف وقطن (الخزّ : ما نسج من صوف وحرير) .

(٦) الدكتور صبحي محمصاني : الأوضاع التشريعية في الدول العربية ص ١٦٦ و ١٨٦ .

وقد كان التنظيم القضائي في جبل لبنان[1] على الشكل الآتي[2] :

كانت السلطة القضائية في بادىء الأمر بيد رجال الدين ، ثم استولى الأمراء على الحكم في المناطق والأقضية فأخذوا يمارسون القضاء بأنفسهم أو بواسطة مندوبين عنهم من علمانيين ورجال دين . وعهد الأمراء في الأصل الى تعيين القضاة من هؤلاء الآخرين ، محتفظين فقط بالمواد الجزائية التي أبقوها من صلاحيتهم أو صلاحية أصحاب الاقطاع[3] ، وذلك حتى عام ١٧٤٥ حيث فقد هؤلاء امتيازاتهم .

وكان القضاة يطبقون في فصل الخصومات التقاليد والعادات ، وهي مستمدة في معظمها من الشرع الروماني بالنسبة الى المسيحيين ، ومن الشريعة الاسلامية بالنسبة الى المسلمين .

ولدى تولي الأمير بشير الشهابي الحكم[4] عدل النظام القضائي وأدخل الشرائع المكتوبة وأوجب اعتماد الفقه الاسلامي . ولكن هذا النظام أثار احتجاج بعض أعيان الطائفة المارونية في كسروان لتعارضه مع بعض العادات السائدة في المنطقة منذ القديم ، كالعادة التي تقضي بحرمان الابنة من الارث ويحصر حقها بالبائنة أو بالهدايا .

وفي عام ١٨٤٢ قسّم الجبل الى قائمقاميتين ، وعيّن الأمير بشير فيهما قاضياً للنصارى وقاضياً للدروز ، ثم أحدث نظاماً في عام ١٨٤٦ يقضي بإنشاء مجلس للموارنة ومجلس للدروز في كل قائمقامية . ويفصل كلٌ من هذين المجلسين في الدعاوى بالاستناد الى العادات المحلية . وأما الدعاوى المختصة بكل طائفة فيحكم فيها القاضي أو المستشار الذي ينتمي الى هذه الطائفة ، ويكون أعضاء المجلس الباقون مستمعين فقط .

وفي عام ١٨٨٥ أقر المتصرف واصا باشا تطبيق الشرائع العثمانية في جبل لبنان ، ملغياً بذلك النظام القديم .

وهكذا أصبح القضاء في المدة الأخيرة من الخلافة العثمانية على ثلاثة أنواع[5] :

(١) المحاكم الشرعية :

وقد حصر اختصاصها بمسائل الأحوال الشخصية وببعض القضايا المحدودة . وكانت مؤلفة من قاض منفرد يسمى قاضي أو نائب الشرع ، ويعينه شيخ الاسلام .

(١) عُرف جبل لبنان منذ الفتن الطائفية التي مرت على لبنان سنة ١٨٦٠ م .
(٢) الدكتور ادوار عيد موسوعة أصول المحاكمات المدنية حـ ٢ (١٩٧٨) ص ٤٨ حتى ٥١
(٣) يلاحظ هنا الشبه بين هذا الوضع وما كان عليه الحال في الدولة الاسلامية خلال عهد الخلفاء .
(٤) وذلك عام ١٧٨٩ م .
(٥) الدكتور صبحي محمصاني : الأوضاع التشريعية ص ١٨٦

وكان القضاء الشرعي يطبق الأحكام الشرعية وحدها ، وفاقاً للمذهب الحنفي الرسمي مبدئياً

(٢) المحاكم النظامية :

وهي المحاكم العادية التي تشكلت على أثر صدور القوانين العثمانية الجديدة المقتبسة عن القوانين الأوروبية ، وكان يدخل في اختصاصها جميع القضايا الجزائية والتجارية والمدنية التي لم تدخل في اختصاص المحاكم الشرعية أو المحاكم الخاصة .

وكان تشكيل هذه المحاكم النظامية على ثلاث درجات : محاكم البداية ، ثم محاكم الإستئناف ، ثم محكمة التمييز . وهي تتألف جميعاً من ثلاثة قضاة أو أكثر . ولكن كان يوجد للقضايا الصغيرة حكام صلح يفصلون فيها منفردين وبصورة سريعة .

(٣) المحاكم الخاصة :

وأهمها المحاكم القنصلية والمحاكم الروحية . فالأولى هي المحاكم أو المجالس التي كانت القنصليات الأجنبية صاحبة الامتياز تؤلفها للنظر في القضايا التي يكون لأحد رعاياها مصلحة في ذلك .

أما المحاكم الروحية ، فكانت المحاكم التي تنظمها طوائف الأقليات غير المسلمة ، للنظر في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بأبناء الطائفة .

وقد ظل هذا التنظيم مرعياً في لبنان حتى انهيار السلطنة العثمانية في نهاية الحرب العالمية الأولى ووضع لبنان تحت الانتداب الفرنسي[١] .

---

(١) وضع لبنان تحت الانتداب الفرنسي بموجب معاهدة فرساي الموقعة عام ١٩١٩ وقد عقبتها معاهدة سان ريمو عام ١٩٢٠

المبحث الثاني

التعريف بالقضاء في الاسلام

١٦ - (أولاً) - القضاء في اللغة :

القضاء في اللغة[١] : الحُكم والأداء ، وجمعه الأقضية[٢] .

وقضى بين الخصمين وعليهما يقضي قَضْياً وقضاء وقضيه : حَكَم وفَصَل وقضى الشيءَ قضاءً : صَنَعَه بإحكام وقَدَّرَه . وقضى الأمر عليه : حتّمهُ وأوجبهُ وألزمه به .

وقَضَّى السلطانُ فلاناً : جعله قاضياً . واستُقْضِيَ فلان : جُعِلَ قاضياً والقاضي اسم فاعل : وهو الحاكم الشرعي لأنه يفصل الدعاوى بينَ الخصوم ويَحْكم بها ويُبيِّن الحَق من الباطل ، وجمعه : القضاة . وقاضي القضاة : رئيسهم وهو المتصرف في القضاء .

ورجل قَضِيّ : أي سريع القضاء .

وقاضاه الى الحاكم مقاضاة : رافعه ، وتقاضيا الى القاضي تقاضياً : ترافعا

والقضية : مصدر واسم من قضى .

والواقع أن معاني القضاء في اللغة ترجع الى الحكم والفصل .

١٧ - (ثانياً) - القضاء في الإصطلاح الشرعي :

يعرّف فقهاء الشريعة القضاء بأنه قول ملزم يصدر عن ولاية عامة[٣] ، أو هو الاخبار عن حكم شرعي على سبيل الالزام ، فيقال قضى القاضي أي ألزم الحق

---

(١) يراجع في ذلك . المعلم بطرس البستاني · محيط المحيط المجلد الثاني ص ١٧٢٦ و ١٧٢٧ .

(٢) تنص المادة ١٧٨٤ من مجلة الأحكام العدلية على أن « القضاء يأتي بمعنى الحكم والحاكمية » .

(٣) بطرس البستاني · ذات المرجع والمكان .

أهله(١) . ويقول العلامة ابن خلدون في المقدمة(٢) وهو بصدد بيان الخطط الدينية المختصة بالخلافة « وأما القضاء فهو من الوظائف الداخله تحت الخلافة ، لأنه منصب الفصل بين الناس في الخصومات ، حسماً للنداعي وقطعاً للتنازع ، إلّا أنه بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة ، فكان لذلك من وظائف الخلافة ومندرجاً في عمومها » .

١٨ ـ (ثالثاً) ـ القضاء في القرآن :

ورد لفظا القضاء والحكم ومشتقاتها في القرآن في مواضع مختلفة .

والأصل في القضاء قول الله : ﴿ يا داود إنّا جعلناك خليفة في الأرض فاحكمْ بين الناس بالحق ﴾ (سورة ص رقم ٣٨ ، الآية ٢٦) . وجاء في تفسير هذه الآية : يا داود إنّا جعلناك خليفة لمن قبلك من الأنبياء فأَقمْ حكومتك على سنن العدل(٣) .

ومن الآيات القرآنية ما وجّه الى الناس كافة كقول الله : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأماناتِ الى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكمُوا بالعدل ﴾ (سورة النساء رقم ٤ ، الآية ٥٨) . وجاء في تفسير هذه الآية : ان الله يأمركم أن تردوا الأمانات الى أهلها . وهذه الآية نزلت يوم فتح مكة في عنمان بن طلحة ، وكان أميناً لمفتاح الحرم ، إذ أقفل بابَه ومنع النبي من دخوله ، فأخذه عليّ منه وفتح الباب . فلما خرج النبي ، سأله العباس أن يعطيه المفتاح ، فنزلت هذه الآية ، فأمره الرسول أن يرد المفتاح لصاحبه فكان سبب اسلامه(٤) .

ومن الآيات القرآنية ما وجه الى النبي كقول الله : ﴿ فلا وربِكَ لا يؤمنون حتى يُحكِّموكَ فيما شَجَرَ بينهم ، ولا يجدوا حرجاً مّما قضيتَ ﴾ (سورة النساء رقم ٤ ، الآية ٦٤) . وجاء في تفسير هذه الآيه . فوربِكَ لا يكونون مؤمنين حتى يحكموك فيما يتنازعون فيه ، ثم لا يجدون في قلوبهم ضيقاً من قضائك ويسلّمون به تسليماً(٥) . وقوله : « إنّا أنزلنا إليك الكتاب بالحق ، لتحكم بما أراك الله ، ولا تكن للخائنين خصيماً ﴾ (سورة النساء رقم ٤ ، الآية ١٠٥) . وجاء في تفسير هذه الآية : إنّا أنزلنا اليك القرآن متلبساً بالحق لنحكم بين الناس بما عرّفك الله وأوحى به اليك ، ولا تكن عن الخائنين مدافعاً ولا لهم محامياً(٦) . وقوله : « وأنِ احكُمْ بينهم بما أنزل الله ولا تتّبع

---

(١) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ١١

(٢) الجزء الأول من كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر ص ١٧٤ .

(٣) المصحف المفسر . الاستاذ محمد فريد وجدي ص ٦٠٠ ، مطابع الشعب بالقاهرة

(٤) المصحف المفسر . ذات المرجع ص ١١٠ .

(٥) المصحف المفسر المرجع السابق ص ١١١

(٦) المصحف المفسر . المرجع السابق ص ١٢٠ .

أهواءهم ﴾ (سورة المائدة رقم ٥ ، الآية ٤٩) . وجاء في تفسير هذه الآية : ان الله أمر رسوله أن يحكم بين أهل الكتاب ـ اليهودية والنصارى ـ بالقرآن غير عابىء بأهوائهم [١] .

١٩ ـ (رابعاً) ـ القضاء في السنة [٢] :

ورد لفظاً القضاء والحكم في السنة في مواضع كثيرة منها[٣] :

(١) الترغيب في القضاء وبيان قدره :

ففي صدد الترغيب في منصب القضاء وبيان علو قدره يقول النبي محمد : « لا حَسَدَ إلاّ في اثنتين : رجل آتاه الله مالاً فسلّطه على هَلَكَتِه في الحق ، وآخر آتاه الله حِكْمَةً فهو يقضي بها ويعلّمها » . وجاء في شرح هذا الحديث : لا ينبغي الحسد والغبطة أي تمني مثل ما للغير إلاّ لشخصين : رجل غني يصرف ماله في مرضاة الله ، ورجل أعطاه الله الحكمة ـ أي العلم النافع ـ فهو يقضي بها ، أي يحكم بها بين الناس ويعلمها لهم ويعمل بها[٤] .

ومما يُشير الى الترغيب الى القضاء لمن قدر على العدل فيه قول الرسول : « إن المقسطين عند الله يوم القيامة ، على منابر من نور على يمين الرحمن . وكلتا يديه يمين الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما ولوه » . وقوله عن يمين الرحمن معناه في الحالة الحسنة والمنزلة الرفيعة . وقوله ﷺ : « ما من أحد أقرب مجلساً من الله يوم القيامة ، بعد ملك مصطفى ، أو نبيٍّ مرسل ، من امام عادل » . ورُوي عن النبي قوله : « أن الله مع القاضي ، ما لم يَحِف عمداً »[٥] . وقد دعا الرسول ربه لإعانة القاضي العادل على الحكم فقال : « اللهم ، من ولي من أمر أمتي شيئاً فشقَّ عليهم فأشفق عليه . ومن ولي من أمر أمتي شيئاً فرفق بهم ، فارفق به »[٦] .

(٢) خطورة القضاء :

وفي صدد تبيان خطورة منصب القضاء يقول النبي : « من جُعِل قاضياً بين الناس

---

(١) المصحف المفسر : المرجع السابق ص ١٤٧

(٢) السنة في اصطلاح علماء الفقه ما روي عن النبي من أقوال ، أو أفعال ، أو تقريرات ، وهي بهذا المعنى المصدر الثاني من مصادر الشريعة الاسلامية ، تُستنبط منها القواعد كما تستنبط من القرآن ، ويرجع اليها في فهم المراد منه ، ومن هنا قالوا أصول الشرع : الكتاب والسنة (الأستاذ بدران أبو العينين بدران : أصول الفقه ص ٧٣ ، دار المعارف بالاسكندرية) .

(٣) تراجع نصوص هذه الأحاديث في . التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول : للشيخ منصور علي ناصف ، الجزء الثالث ص ٥٧ حتى ٧١ .

(٤) التاج الجامع للأصول : ذات المرجع ص ٥٨ هامش ١ .

(٥) أشار الى هذه الأحاديث : النباهي في كتابه تأريخ قضاة الأندلس ص ٣

(٦) ذكر هذا الحديث النباهي في تأريخ قضاة الأندلس ص ١١

فقد ذُبحَ بغير سكين »[1] . وجاء في شرح هذا الحديث : أن القاضي عندما تُعرض عليه قضية يَبقى في جهد متواصل ، وقلق نفسي مستمر ، الى أن يتبين وجه الحق ؛ وهذا الجهد ، وهذا القلق ، يشبه الذبح بغير سكين[2]

وروي عن النبي قوله[3] انه : « من ولي ولاية فأحسن فيها أو أساء ، أُتي به يوم القيامة ، وقد غلت يمينه الى عنقه ، فإن كان عدلاً في أحكامه ، أطلق من أغلاله وجُعل في ظل عرش الرحمن ، وإن كان غير عدل في أحكامه ، غلت شماله الى يمينه ، فيسبح في عرقه حتى يغرق في جهنم » .

الزهد في القضاء :

وبالنظر الى خطورة القضاء وخوفاً من الجور فيه زهد أئمة العلم بهذا المنصب لعل بعض هذه القصص أن يكون أقرب الى الأساطير منها إلى الحقائق . من ذلك أن[4] : « رجلاً طلب للقضاء ، فتجانّ ، وتحامق ، وركب قصبة ، واتبعه الصبيان » . وقيل : إن القاسم بن وليد الهمداني - وقد أرسل إليه يوسف بن عمر بوليه القضاء - فرئي يكحل عينيه بالزيت ويجز لحينه . فلما دخل على يوسف قال : هذا مجنون . اخرجوه »[5]

وقد عرض الأمويون على أبي حنيفة منصب القاضي ، فرفضه فسجنوه وعذبوه في السجن . . . وظلوا يضربونه كل يوم بالسياط حتى ورم رأسه ، ومع ذلك فلم يقبل المنصب . وقد ساءت صحته في السجن ، وبدأت الثورة تتجمع ضد الخليفة الأموي احتجاجاً على ما يحدث لأبي حنيفة فأطلق سراحه . ولكن العباسيين لم يتركوه ، فعرضوا عليه منصب قاضي القضاة فأبى وتمسك بالتفرغ للعلم ، وقالوا له أنه قد حصّل من العلم ما يجعله في غنى عنه فرد : « من ظن أنه يستغني عن العلم فَلْيَبْكِ على نفسه »[6] . وقد ألح عليه الخليفة في تولي القضاء أو في أن يكون مفتياً للدولة يرجع اليه القضاة فيما يصعب عليهم القضاء فيه فرفض أبو حنيفة فسأله الخليفة عن سبب رفضه فقال له : « والله ما أنا بمأمون الرضا فكيف أكون مأمون الغضب ؟ . . . » فقال الخليفة محنقاً : « كذبت » . فقال أبو حنيفة للخليفة قد حكمت على نفسك . كيف يحل لك أن تولي قاضياً على أمانتك وهو كاذب ؟ وقد أمر الخليفة بحبسه ، وبضربه بالسياط حتى يقبل منصب قاضي قضاة بغداد لكن أبا حنيفة ظل يرفض ، وتدهورت صحته في السجن

---

(١) الذبح هنا في المعنى المعنوي والحسي (التاج الجامع للأصول ص ٥٩ هامش ٣)
(٢) الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٤١
(٣) ذكر ذلك النباهي الأندلسي : تأريخ قضاة الأندلس ص ١١
(٤) الستاذ ظافر القاسمي . المرجع السابق ص ١٤٦ ؛ وكيع . أخبار القضاة ج - ١ ص ٢٥ .
(٥) وكيع . أخبار القضاة جـ ١ ص ٢٦ .
(٦) الأستاذ عبد الرحمن الشرقاوي . شخصيات اسلامية ، أئمة الفقه التسعة ، دار اقرأ بيروت ١٩٨١ ، ص ٦٨ و ٦٩

وأشرف على الهلاك وخشي معذبوه ثورة الناس عليهم فأخرجوه وهو يعاني سكرات الموت وما عاد يستطيع الكلام حتى مات[1] . وذكر البعض[2] أن أبا حنيفة سئل عن سبب امتناعه عن تولي منصب القضاء فأجاب : القضاة ثلاثة : رجل يحسن العَوْم فأخذ البحر طولاً فما عساه أن يعوم ، يوشك أن يكلّ فيغرق . رجل لا بأس بعومه عامَ يسيراً فغرق . ورجل لا يحسن العوم ألقى بنفسه على الماء فغرق من ساعته »

وممن تخلف عن قبول منصب القضاء أيضاً الامام الشافعي ، فراجع الخليفة المأمون ، عندما عرض عليه منصب قاضي القضاة ، بأمور منها ان قال له : « ان هذا الأمر لا يصلح له من يشركك في نسبك » . وهو القائل : « من ولي القضاء ولم يفتقر فهو سارق ، ومن لم يصن نفسه لم ينفعه العلم »[3] .

وممن زهد في منصب القضاء كذلك الإمام الأوزاعي ، فقد عرض المنصب عليه مراراً فرفضه . ولما ولاه القضاء يزيد بن الوليد بن عبد الملك بن مروان الأموي ، جلس الأوزاعي مجلساً واحداً ثم استعفى فأعفي. ولما طلب اليه الأمير عبد الله بن علي العباسي أن يوليه القضاء ، امتنع قائلاً : « إن أسلافك لم يكونوا يشقّون علي في ذلك . وإني أحب أن تتم ما ابتدأوني به من الإحسان »[4] .

وقد سلف من رجال الأندلس رجال دعوا الى القضاء فلم يجيبوا رهبة في صميم أنفسهم من منتظر العاقبة[5] .

(٣) صيانة القضاء عن الظلم والجهل :

وفي صدد صيانة القضاء عن الظلم والجهل في الحكم وتنبيه من تحدثه نفسه الدخول فيه ممن هو ليس أهلاً له يقول الرسول : « القضاة ثلاثة واحد في الجنّة واثنان في النار فأمّا الذي في الجنّة فرَجُل عَرَفَ الحق فقضى به . ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار . ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار »[6] .

وفي رواية أخرى : « الحكام ثلاثة . اثنان في النار وواحد في الجنه . حَكَمٌ حَكَم بجهل ، فخسر ، فأهلك أموال الناس وأهلك نفسه ، ففي النار . وحَكَمٌ حَكَمَ فخدل أي جار (وظلم) ، فأهلك أموال الناس وأهلك نفسه ، ففي النار وحَكَمٌ عَلِمَ فعدل فأحرز أموال الناس وأحرز نفسه ، ففي الجنة »[7] .

---

(١) الاستاد عبد الرحمن الشرقاوي : ذات المرجع ص ٧٠ و ٧١

(٢) النباهي الأندلسي : تأريخ قضاة الأندلس ص ١٥ .

(٣) ذكر ذلك النباهي في تأريخ قضاة الأندلس ص ١٥

(٤) الدكتور صبحي محمصاني · المجاهدون في الحق ، دار العلم للملايين بيروت ١٩٧٩ ، ص ٤١

(٥) يراجع في ذلك . النباهي الأندلسي ، تأريخ قضاة الأندلس من ص ١٠ حتى ١٧

(٦) الدكتور محمد سلام مدكور · المرجع السابق ص ١٣ .

(٧) ذكر هذا الحديث النباهي في تأريخ قضاة الأندلس ص ٩ .

(٤) الحثّ على الاجتهاد[١] :

وبغية حثّ القاضي على البحث والدرس والاجتهاد يقول النبي : « إذا حكم الحاكم فاجتهد فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر » . وجاء في شرح هذا الحديث : إذا حكم القاضي فاجتهد أي بذل وسعه في الوصول الى الحق فأصابه فله أجران : أجر على اجتهاده وأجر على وصوله الى الحق ، وإذا أخطأ فله أجر على اجتهاده فقط[٢] .

وقال النبي للقاضي مُعَاذ بن جَبل حين بعثه الى اليمن : « كيف تقضي ؟ قال : أقضي بما في كتاب الله . قال : فإن لم يكن في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله . قال : فإن لم يكن في سنة رسول الله ؟ قال : أجتهد برأيي . قال : الحمد لله الذي وَفّق رسولَ رسولِ الله » . فقول القاضي مُعَاذ أجتهد برأيي أي أبذل طاقتي وجهدي في الوصول الى الحق بالقياس على القرآن أو السنة إذا اتفقا أو تقاربا في العلّة[٣] .

وورد عن النبي أنه قال « ما من قاض يقضي بالحق إلّا كان عن يمينه ملك ، وعن شماله ملك »[٤] .

(٥) أصول المحاكمة :

ويراد بها ما يلزم القاضي مراعاته حين الحكم بين الناس . كقول النبي : « لا يقْضينّ حَكَمٌ بين اثنين وهو غضبان »[٥] ، وقوله للامام عليّ بن أبي طالب حين ولّاه قضاء اليمن : « إذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضينّ حتى تسمع من الآخر كما سمعتَ من الأول ، فإنه أحرى أن يتبيّنَ لك القضاءُ »[٦] .

٢٠ ـ (خامساً) ـ أركان القضاء في الاسلام :

يذهب الفقه الاسلامي الى أنّ أركان القضاء هي الآتية[٧] :

---

(١) الاجتهاد في اللغة مصدر اجتهد إذا جدّ في الأمر ، وشرعاً بذل الطاقة في الوصول الى الحق من القرآن والسنة . ولا يكون الانسان مجتهداً إلّا إذا جمع خمسة علوم : علم القرآن ، وعلم السنة ، وأقوال السلف من اجماعهم واختلافهم ، وعلم اللغة ، وعلم القياس وهو طريق استنباط الحكم من القرآن والسنة إذا لم يجدهما صريحاً فيهما (التاج : المرجع السابق ص ٦٥ هامش ١)

(٢) التاج : المرجع السابق ص ٦٦ هامش ١ .

(٣) التاج : المرجع السابق ص ٦٦ هامش ٢ .

(٤) ورد ذلك عند النباهي في تاريخ قضاة الأندلس ص ٤ .

(٥) الغضب . فوران الدم لشيء مؤلم ، وهو يحوّل الطبع عن الاعتدال . فأمر القاضي باجتناب الحكم في هذه الحال لئلا يقع في الخطأ ، ومثل الغضب : مرض مؤلم ، وجوع أو عطش مفرط ، أو فزع مدهش وخوف مقلق ونحوها (التاج : المرجع السابق ص ٥٩ هامش ٦) .

(٦) أحرى : أي جدير أن يظهر لك الحق (التاج : المرجع السابق ص ٦٠ هامش ٢) .

(٧) الدكتور محمد سلام مدكور . المرجع السابق ص ١٦ حتى ١٨ .

(١) حاكم أو قاض : وهو من عين من قبل السلطان للفصل في الدعاوى والخصومات ، إذ السلطان لا يستطيع أن يقوم بكل هذا .

وقد نصت المادة ١٧٨٥ من مجلة الأحكام العدلية أن : « القاضي هو الذات الذي نصب وعين من قبل السلطان لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لأحكامها المشروعة » .

(٢) حُكْم : وهو ما يصدر عن القاضي لحسم النزاع وقطع المخاصمة ، وهو إمّا بإلزام المحكوم عليه بكلام ينطق به القاضي فيقول : حكمت عليك بكذا ، وهذا ما يسمى قضاء إلزام أو استحقاق بالفعل ، مثل ما يقع من القضاة في القسمة الجبرية ، وأما يمنع القاضي المنازعة بقوله للمدعي : ليس لك حق قبل خصمك بعد عجزك عن الاثبات وحلف المدعى عليه ، وهذا ما يسمى قضاء الترك .

وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٧٨٦ من مجلة الأحكام العدلية على أن : « الحكم هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها وهو على قسمين : القسم الأول هو إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم عليه بكلام كقوله حكمت أو اعط الشيء الذي ادعى به عليك ويقال له قضاء الإلزام وقضاء الإستحقاق ، والقسم الثاني هو منع القاضي المدعي عن المنازعة ويقال له قضاء الترك » .

(٣) المحكوم به : وهو الحق المحكوم به ، وهذا يكون إما حقاً خالصاً لله أو للإنسان أو مشتركاً بينهما وأحدهما غالب . والمراد بحق الله في نظر المذهب الحنفي حق المجتمع ، وإنما أضيف الحق لله اشعاراً بأهميته وتشريفاً له .

وإذا كان الحق المطلوب خالصاً للانسان أو حقه غالباً فيه ، لزم أن يكون طالب الحكم هو صاحب الحق أو من ينوب عنه ويسمى المدعي . أما إذا كان الحق المطلوب خالصاً لله أو حقه فيه غالباً فإن الدعوى تكون حِسْبة من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وهي وإن كانت من واجبات المحتسب ، إلّا أنه كان يجوز أن يتقدم بها أي شخص حماية للمجتمع .

وقد نصت المادة ١٧٨٧ من مجلة الأحكام العدلية أن : « المحكوم به هو الشيء الذي ألزمه القاضي المحكوم عليه وهو إيفاء المحكوم عليه حق المدعي في قضاء الإلزام وترك المدعي المنازعة في قضاء الترك » .

(٤) المحكوم عليه : وهو من يصدر ضده الحكم (المادة ١٧٨٨ من المجلة) .

(٥) المحكوم له : وهو المدعي بحق له خالصاً أو يغلب فيه حقه (المادة ١٧٨٩) .

٢١ ـ (سادساً) ـ القضاء والتحكيم :

التحكيم في الإصطلاح الفقهي يقصد به أن يُحكِّـم اثنان أو أكثر آخر بينهم ليفض النزاع ويطبق حكم الشرع[١] .

وأصل مشروعية التحكيم في الاسلام قول الله في القرآن : «﴿ وإن خفتم شقاقَ بينهما فابعثوا حَكَماً من أهله وحَكَماً من أهلها إن يُريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما ﴾ (سورة النساء رقم ٤ ، الآية ٣٥)[٢] ، وقول النبي : ما أحسن هذا (أي التحكيم) عندما قال له أبو شُريح : أن قومي إذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضي عنى الفريقان[٣] .

والتحكيم لا يعتبر نوعاً من القضاء ، لأنه قاصر على من رضى به فقط وهو خاص بالمسائل المدنية بينما القضاء يتعدى الى الغير دون رضاه ، كما أنه شامل للقضايا المدنية والجزائية على السواء[٤] .

٢٢ ـ (سابعاً) ـ القضاء والافتاء :

الافتاء والفتوى جواب عما يُشكِـل من المسائـل ، ويقال استفتيت فـلاناً فـأفتاني بكـذا . والواقـع أن الإفتاء تبليـغ للناس عن حكم الله ، ولـذلك فـإن المفتي يجب أن يتصف بالعلم بما يبلّـغ ، وأن يكون معروفاً بالصدق ، عدلاً في قوله وفعله[٥] .

والقضاء والافتاء وإن كانا يعتبران اخباراً عن حكم الله الواجب الاتباع ، إلاّ أن قرار القضاء ملزم وتقوم الدولة بتنفيذه ، أما الفتوى فهي مجرد فتوى ولا تلزم المستفتي إلاّ ديانة ، كما أن الدولة لا تختص بتنفيذ هذه الفتوى على المستفتي ، ولذا سمي قرار القضاء حكـماً ، والثانيـة مجرد فتـوى ، هذا فضـلاً عن أن الفتوى تكـون كـذلـك في مسـائـل العبادات ، بعكس الحكم الذي يقتصر فقط على مسائل المعاملات[٦] .

هذا وقد خصصت في لبنان وظيفة للافتاء يتـولاها أحـد علماء الدين الاسـلامي

---

(١) نصت المادة ١٧٩٠ من مجلة الأحكام العدلية على أن : « التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الحصمين آحر حاكماً برصاهما ، لفصل خصومتهما ودعواهما ويقال لدلك حَكَم ومُحَكَّم »

(٢) جاء في تفسير هده الآية الآتي . وان خفتم نزاعاً بين الزوجين فارسلوا حَكَماً من أهله وحَكَماً من أهلها ليحكما في أمرهما ، فإن كانا يريدان الاصلاح وخلصت له نيتهما وفق الله بينهما فعاشا مؤتلفين (المصحف المفسر · المرجع السابق ص ١٠٦١) .

(٣) هدا الحديث مذكور عند الدكتور محمد مدكور . المرجع السابق ص ١٣٢ .

(٤) الدكتور محمد مدكور . المرجع السابق ص ١٣٢ .

(٥) أول من قام بوظيفة الافتاء في الاسلام هو محمد بن عبد الله ، والذين حفظت عنهم الفتوى في صدر الاسلام نحو ١٣٠ بين رجل وامرأة ، وفيهم المكثرون كعمر بن الخطاب ، وعليّ بن أبي طالب ، وعائشة (الدكتـور محمد مدكور . المرجع السابق ص ١٣٦) .

(٦) الدكتور محمد مدكور المرجع السابق ص ١٣٦ .

الحائز على شهادة دينية عالية ، أو الذين مارسوا وظيفة القضاء الشرعي مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة[1] .

(١) يراجع بهذا الخصوص : التشريع الحديث للطوائف الاسلامية وخاصة القرار ٥ تاريخ ٢ آذار ١٩٦٧ الصادر عن المجلس الشرعي الاسلامي الاعلى - المادة ٥ وما بعدها - المنشور في مجلة العدل لسنة ١٩٦٨ عدد ٢ ص ٩٣ وما بعدها

الفصل الثاني

التنظيم القضائي في الاسلام

٢٣ ـ التنظيم القضائي في الاسلام هل هو مؤسسة اسلامية خالصة ؟

يذهب البعض[١] الى أن التنظيم القضائي في الاسلام لم يضع أسسَهُ لا النبي محمداً ، ولا الخلفاء الأربعة ، ولا الأسر الأموية الحاكمة ، وانه كان حصيلة تطور طويل بطيء ، وان البحث عن أسسِهِ يجب أن يتجه لا الى المحيط العربي أو إلى القرآن ـ كما يقول الفقه التقليدي الاسلامي ـ وإنما الى المجتمع العربي ـ الاسلامي الذي نشأ في البلاد التي فتحها المسلمون ، والمؤسسات القضائية الأجنبية التي وجدوها أثناء الفتح والتي أبقوا عليها .

ويخلص الى القول بأن الهيكل العام للتنظيم القضائي الاسلامي ، في خطوطه الكبرى ، قد استوحي من النظام القضائي البيزنطي ، وان هذا التنظيم إن كان قد انتهى الى اكتسابه طابعاً واضحاً من الأصالة فذلك بسبب تفاعله وتأثره بالوسط الاسلامي الذي تكوّنَ بعد الفتح ، وبسبب احتفاظ سكان المناطق المفتوحة ببعض عاداتهم القديمة[٢] .

ويذهب الرأي الراجح في الفقه الاسلامي[٣] ، التقليدي والحديث ، الى أن القضاء في الاسلام مؤسسة اسلامية عربية خالصة لم يَشُبْها شيء مما كان عند الأمم

(١) Milliot· op. cit. n° 858 P. 693; Tyan, op. cit. t. 1 p. 119

(٢) Milliot: op cit. n° 859 p. 694; Tyan: op. cit. p . 138

(٣) الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٤٧ ؛ الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص د و١٢ ؛ الاستاذ زكي الدين شعبان : المرجع السابق ص ٧ وما بعدها ؛ الأستاذ علي منصور . المرجع السابق ص ٣١٧ وما بعدها .

الأخرى ، وان الشريعة الاسلامية هي التي وضعت ، بما جاء في الفرآن والسنة ، قواعدَ هذه المؤسسة ونظامَها . وان المسلمين إذا كانوا قد اقتبسوا بعض ما كان عند الأمم الأخرى ، أو نقلوا عنها ، أو قلدوها ، في بعض الشؤون الادارية كالدواوين ، فإنهم قد طبقوا نظام القضاء تطبيقاً اسلامياً خالصاً ، دون أي نقل أو اقتباس أو تقليد(١) . فالإسلام دين ودولة وله نظمُهُ ومنها القضاء ، وقد رسم التشريع الاسلامي خطة القضاء وأرشد الى مبادئه قبل أن يأتي قول الله في القرآن : ﴿ اليوم أكملتُ لكم دينكم ﴾ (سورة المائدة ، رقم ٣ ، الآية ٥) ، وترك التفصيل للسنة وعمل المجتهدين في الأمة الاسلامية ، شأنه شأن الكثير من الأمور المتعلقة بالمعاملات المدنية ونظام الدولة ، لأنها تتأثر بالبيئة وتتغير بتغير الزمان والمكان(٢) .

والواقع أنه لا يُعقل أن يكون الاسلام دين ودولة ولا يكون له قضاء يُشرف على تطبيق شريعتِه في معاملات الناس وتصرفاتِهم القانونية احقاقاً للحق ، وتحقيقاً للاستقرار والطمأنينة ، ونشراً للعدل بين الناس .

٢٤ ـ تقسيم :

سيقسّم هذا الفصل الى المباحث التالية :

المبحث الأول : نظام القضاة ومساعدي القضاء في الاسلام .

المبحث الثاني : أنواع المحاكم واختصاصُها في الإسلام .

المبحث الثالث : قواعد المحاكمة والإثبات والحكم في الاسلام .

المبحث الأول

نظام القضاة ومساعدي القضاء في الاسلام

(أ) ـ نظام القضاة في الاسلام :

٢٥ ـ (أولاً) ـ مكانة القاضي في الاسلام :

ينظر الناس الى القضاء والقاضي ، في كل المجتمعات والأزمان ، بعين الاحترام والتقدير .

القاضي بعد النبي : وقد وضع البعض القاضي بعد النبي فقال انه : « لا يصلح هذه الأمور الا نبي بإذن الله ، فإن لم يكن زمن نبي ، فالقاضي مسؤول عن ذلك كله .

(١) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٤٧

(٢) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٢٤ .

ومن كـان في عون المسلمـين ، كان الله في عـونه . فعليـه ـ أي القـاضي ـ أن يصـرح بالحق ، ويجري الى الصلاح والعدل والتخلص . وينظر لنفسه ، فعسى يتخلص . الله بعـزته يسـدده ، ويوفقـه للخير ، ويعينـه عليه ، انـه منعم بذلـك ، والقادر عـلى كل شيء »[1] .

القضاء أرقى المناصب : قـال البعض : « الحمد لله الـذي قسم أرزاق الخلائق وآجالهم ، ورتب لكل منهم منزلة ورتبة ، وجعل أجل المناصب الدينية منصبي القضاء والحسبة »[2] . وقد قيل ان دلالة لفظ الدين ، عند العلماء والفقهـاء ، تشمل لكـل ما جاء به الاسلام من عقيدة وعبادة ونظام وتنظيم[3] .

القضاء أرقى من الوزارة : إذا كان فريق من أئمـة المذهـب الشـافعي قد اعتبـر القضاء مساوياً للخلافة ، فمن الطبيعي أن يذهب آخرون الى أن القضاء فوق الوزارة . فقد جاء في كتاب « تأريخ قضاة الأندلس للنباهي المالقي »[4] ، حين ذكره للقاضي أبي المطرِّف بن فُطَيْنْ ، أنه : « كان تقلد خطة المظالم . . . فكانت أحكامه شداداً ، وعزائمه نافذة ، وله على الظالمين سورة مرهوبة ، وشارك الوزراء في الـرأي ، إلى أن ارتقى الى ولاية القضاء بقرطبة ، مجموعاً الى خطة الوزارة والصلاة ، وقل ما اجتمع ذلك لقاض بالأندلس » .

ثم يضيف النباهي في كتابه انه : « وقد بلغني ان عبد الرحمن بن بشر (قاضي آل حمود) خاطب ابن هشام (قاضي القيروان) في أمر من أمور الحكومة ، وكان ابن بشر ممن احتمل الى خطة القضاء خطة الوزارة ، وأثبتهما معاً في العقد الذي أدرجه في كتابه الى ابن هشام ، مقدمـاً ذكر الـوزارة على القضـاء ـ وذلك كـان رسمها عنـد ملوك بني مروان ـ فلما قرأ العقد ـ رمى بالكتاب وقال : ما عهدنا وزراء القوم تنفـذ أحكامهم . وترك النظر في تلك الحكومة » .

وفي ترجمة النباهي للقاضي محمد بن المنصور التلمساني[5] انه : « كان . . قوة في الحق ، وصرامة . وكان أثيراً لدى سلطانه ، قلده مع قضائه كتابـة سرّه ، وأنـزله من خواصه فوق وزرائه ، فصار يشاوره في تدبير ملكه . . » .

وقد قال النباهي المالقي نفسه عن القضاء في كتابه[6] : « خطة القضاء في نفسها

---

(1) ابن عبدون في كتابه الحسبة مذكور عند الاستاذ ظافر القاسمي ص ٥٩ .

(2) محمد القرشي ـ المعروف باس الأخوة ـ في مقدمة كتابه : معالم القربة في أحكـام الحسبة ص ٣ مـذكور عنـد الاستاذ القاسمي : المرجع السابق ص ٦٠ .

(3) الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٦٠ .

(4) منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر بيروت ، ص ٨٧ .

(5) النباهي المالقي : تأريخ قضاة الأندلس ص ١٣٤ .

(6) تأريخ الاندلس ص ٢ .

عند الكافة من أسنى الخطط ، فإن الله تعالى قد رفع درجة الحكام ، وجعل اليهم تصريف أمور الأنام ، يحكمون في الدماء والابضاع والأموال ، والحلال والحرام . وتلك خطة الأنبياء ومن بعدهم من الخلفاء . **فلا شرف في الدنيا بعد الخلافة أشرف من القضاء . . »** .

القضاء موضع احترام الخلفاء : وقد أظهر الخلفاء الاحترام الكبير لمنصب القضاء ورجاله ، وحفّوه بكثير من الاجلال والاكبار في حياته وبعد مماته . فقد ذكر البعض[1] عن موقف الخليفة مع القاضي حين يلقي خطبته : « كما يُقبِل الامام بوجهه في الخطبة تصد وجهه ـ أي وجه القاضي ـ ليعلم جميع الناس » . وذكر البعض أيضاً[2] أن معاوية حضر جنازة قاضيه فضالة بن عبيد الأنصاري « فحمل بجانب السرير ، ثم صاح بابنه يزيد اعفني وأعلم انك لن تحمل مثله بعده . وكان معاوية يستخلفه على الشام . . . » .

وذكر البعض[3] كذلك أن باديس ، صاحب غرناطة ، « خرج عن ملك مالقة الى ولده الملقب بسيف الدولة بُلُقّين ، ورشحه للولاية من بعده ، وحمله على مجاملة القاضي بها ، والمعاهدة له بسنيّ إلطافه ، فعمل بحسب ذلك . ومن جملة ما كتبه بلقين : « هذا ما الْتَزَمه ، واعتقد العمل والوفاءَ به ، بُلُقّين بن باديس ، للوزير القاضي أبي ـ .د الله محمد بن الحسن ـ سلّمه الله ـ واعتقد به اقراره على خطة القضاء والوزراء . وان يُجرى من الترفيع به ، والإكرام له الى أقصى غاية . . . وأقسم على ذلك بُلُقّين . . بالله العظيم ، وبالقرآن الحكيم . وأشهد الله على نفسه ، وعلى التزامه له . . . » .

٢٦ ـ (ثانياً) ـ شروط تقلد القضاء في الاسلام :

(١) صفات القاضي في نظر الامام علي بن أبي طالب :

إن أقدم نص مدوّن تضمن الصفات المطلوبة في القاضي هو الذيْ كتبه عليّ بن أبي طالب[4] حوالي عام ٤٠ هـ / ٦٦٠ م الى الأشتر النخعي ، حين ولّاه على مصر ، وقد جاء فيه بخصوص القضاء[5] :

« اخترْ للحكم بين الناس أفضل رعيتك في نفسك ، ممن لا تَضيقُ به الأمور ،

---

(١) الماوردي : أدب القاضي جـ ١ رقم ٢٣٩ ص ١٩٤ .

(٢) وكيع : أخبار القضاة جـ ٣ ص ٢٠١ .

(٣) النباهي المالقي : المرجع المذكور ص ٩١ و ٩٢ .

(٤) ذكر ذلك الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ١٠٢ و١٠٣ .

(٥) مذكور نص هذا الكتاب عند ابن أبي الحديد في نهج البلاغة ، المجلد الرابع ص ١٣٠ و١٣١ ، دار إحياء التراث العربي بيروت .

ولا تُمَحِّكُهُ الخصوم[1] ، ولا يتمادى في الزَّلَة ، ولا يُحْصر[2] من الفيء[3] الى الحق إذا عَرَفَهُ ، ولا تُشْرف نفسه على طمع[4] ، ولا يكتفي بأدنى فهم دون أقصاه ، وأوقفهم في الشبهات ، وآخذَهم بالحجج ، وأقلَّهم تبرماً بمراجعة الخصم ، وأصبَرهم على تكشف الأمور ، وأصرمَهم عند اتضاح الحكم ، ممن لا يزدهيه اطراء ، ولا يستميله إغراء وأولئك قليل » .

ثم يُشير الى راتبهِ ومكانتِه فيقول[5] :

« ثم أكْثِر تَعَاهُد قضائه[6] ، وافسحْ له في البذل ما يُزيل علتَه ، وتقل معه حاجتُه الى الناس[7] ، واعْطِهِ من المنزلة لديك ، ما لا يطمع فيه غيرُه من خاصتك . . » .

(٢) حرص عمر بن عبد العزيز على إلمام القاضي بالاجتهاد والفقه :

ينسب البعض[8] الى الخليفة عمر بن عبد العزيز قوله : « لا يصلح القاضي إلاّ ان تكون فيه خمس خصال : يكون صليباً ، نزهاً ، عفيفاً ، حليماً ، عليماً بما كان قبله من القضاء والسنن » . وينسب اليه قولاً آخر جاء فيه[9] . « إن القاضي يحتاج أن يكون فيه أربع خصال ، فإن أخطأته واحدة كانت وصماً : أن يكون ورعاً ، وأن يكون عالماً ، وأن يكون فهماً ، وأن يكون سؤولاً عما لا يعلم » . وينسب اليه أخيراً قولاً ثالثاً جاء فيه[10]: « إن القاضي ينبغي أن يكون فيه خمس خصال ، فإن نقصت واحدة كانت وصمة : العلم بما قبله ، والحكم عند الخصم ، والنزاهة عند المطمع ، والاحتمال للائمة ، ومشاورة ذوي العلم » .

والذي يستوقفنا هنا قول عمر بن عبد العزيز : « عليماً بما كان قبله من القضاء والسنن » ، وقوله : « سؤولاً عما لا يعلم » ، وقوله : « مشاورة ذوي العلم » ، وهو الذي نسميه في عصرنا الحالي : « الاجتهاد أو السابقات القضائية » و« الفقه أو آراء الشراح » كمصدرين من مصادر القانون اللذين يتعين على كل قاضي الالمام بهما . وهذا الذي حرص على اشتراطه في القاضي الخليفة عمر بن عبد العزيز قبل ثلاثة عشر قرناً ،

---

(١) لا تُمحِكُه الخصوم : أي لا تجعله لجوجاً في الخصومة (ابن أبي الحديد · ذات المرجع ص ١٣١) .
(٢) لا يُحْصَر : لا يعيا (ابن أبي الحديد : ذات المرجع ص ١٣١) .
(٣) الفيء : الرجوع (ابن أبي الحديد : ذات المرجع ص ١٣١) .
(٤) أي لا تشفق نفسه وتخاف من فوات المنافع (ابن أبي الحديد : ذات المرجع ص ١٣١) .
(٥) ابن أبي الحديد : ذات المرجع ص ١٣١ .
(٦) أي تَطلّع على احكامه وأقضيته (ابن أبي الحديد : ذات المرجع والمكان) .
(٧) وافرض له عطاء واسعاً يملأ عينه ويتعفف به عن الرشوة (ذات المرجع والمكان)
(٨) وكيع : أخبار القضاة جـ ١ ص ٧٧ .
(٩) وكيع : أخبار القضاة جـ ١ ص ٧٨ .
(١٠) وكيع : أخبار القضاة جـ ١ ص ٧٩ .

ومن قبله أبي بكر يوم كان يسأل : هل من أحد عنده علم بقضاء ؟ دليل على أن القضاء الاسلامي سبق التنظيم القضائي الحديث في مصادر القانون التي يتعين على القاضي الالمام بها والرجوع اليها عندما تعرض عليه قضية لا يجد لها حلاً في النص .

(٣) صفات القاضي في نظر الفقه الاسلامي عموماً :

إن ما يشترطه الفقه الاسلامي في القاضي يمكن إجماله بالآتي :

الشرط الأول ـ أن يكون رجلاً بالغاً ، فلا يصح تعيين الصبي في القضاء[١] ، كما لا يصح تعيين المرأة فيه عند الأئمة الثلاثة : مالك والشافعي وأحمد ، وخالف في ذلك أبو حنيفة وقال انه يصح قضاؤها فيما تصح فيه شهادتها ، وشهادتها عنده تصح في كل شيء إلاّ في القضايا الجزائية . **وأما ابن جرير الطبري فقد أجاز للمرأة القضاء في كل شيء يجوز للرجل أن يقضي فيه دون استثناء شيء[٢]**، وقاس ذلك على جواز افتائها ، إذ تجوز منها الفتوى في كل المسائل الفقهية[٣] .

ويبدو أن رأي ابن جرير[٤] هو ما يتعين ترجيحه للأسباب التالية :

ـ ان القرآن ساوى المرأة بالرجل في آيات كثيرة منها قول الله: ﴿ ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف[٥] ﴾ (سورة البقرة رقم ٢ ، الآية ٢٢٨) ، وقوله : ﴿ المؤمنون والمؤمنات ، بعضهم أولياء بعض ، يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ﴾[٦] (سورة التوبة رقم ٩ ، الآية ٧١) .

ـ ان الصحابية « سمراء بنت نهيك الأسدية » تولت الحسبة ـ وهي فرع من فروع القضاء ـ في مكة أيام النبي ، وقد كان لها سوط تعنّف به الغشاشين .

ـ ان عمر بن الخطاب ولّى الشفاء بنت أبي سليمان سوق المدينة لتأديب الغشاشين ومراقبتهم .

ـ إن الحرمان من حق من الحقوق يحتاج إلى نص من الشارع الأمر الذي لم يحصل[٧] .

---

(١) ذُكر ان النبي عيّن عتاب بن أسيد في قضاء مكة وله ٢١ سنة (الأستاذ طافر القاسمي : المرجع السابق ص ١٥٧) .

(٢) رأي ابن جرير هذا مذكور عند الماوردي : المرجع السابق ص ٧٢ .

(٣) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٣٨ .

(٤) يعتبر ابن جرير الطبري من أئمة المفسرين وشيوخ المؤرخين (الاستاذ ظافر القاسمي . المرجع السابق ص ٢٥٣) .

(٥) جاء في تفسير هذه الآية : وللنساء على الرجال حقوق يجب أن تحترم ، كما عليهن حقوق للرجال كذلك (المصحف المفسر : المرجع السابق ص ٤٥) .

(٦) أولياء : جمع ولي ، والولي هو الناصر والصديق . والمعروف ما استحسنه الشرع وطلبه (المصحف المفسر : المرجع السابق ص ٢٥٣) .

(٧) صاحب هذه الأسباب الأستاذ ظافر القاسمي ص ٢٤٩ و ٢٥٠ و٢٥٣ .

ـ ان مجلة الأحكام العدلية ، والتي تعتبر التقنين المدني للدولة العثمانية على مذهب الامام أبي حنيفة والتي شارك في وضعها نخبة من كبار العلماء المسلمين ، ذهبت الى هذا الرأي ولم تتطلب في القاضي كونه رجلاً [1] .

الشرط الثاني ـ العقل ، إذ ينبغي أن يكون القاضي صحيح التمييز ، جيد الفطنة ، يتوصل بذكائه الى ايضاح ما أشكل .

الشرط الثالث ـ أن يكون مسلماً ، لأن الاسلام شرط في جواز الشهادة على المسلم . وقد أجاز الحنفية تعيين غير المسلم في القضاء على غير المسلمين ، لأن أهلية القضاء بأهلية الشهادة وغير المسلم أهل للشهادة على أبناء طائفته .

كما أجاز الحنابلة وشُرَيح والنخعي والأوزاعي ، وابن مسعود ، وأبو موسى ، والظاهرية ، والامامية ، قبول شهادة غير المسلم في وصية المسلم حال السفر[2]. ونقل عن شيخ الاسلام ابن تيمية ان قول الامام أحمد في قبول شهادة غير المسلم في هذا الموضع هو ضرورة يقتضي هذا التعليل قبولها في كل ضرورة حَضَراً وسفراً ، ولو قيل تقبل شهادتهم مع اليمين في كل شيء عُدِمَ فيه المسلمون لكان له وجه ويكون بدلاً مطلقاً ، وهذا يفيد أن جواز الاشهاد المذكور بشأن الوصية لا يختص بها لدلالة النص على ما يساوي الوصية من المسائل [3] .

كما أن آيتي الاشهاد على البيع والاشهاد على دفع الأموال الى اليتامى جاءتا مطلقتين عن أي قيد يفيد اشتراط الاسلام في الشهود على المسلمين ، يقول الله : ﴿ وأشهدوا اذا تبايعتم ﴾ (سورة البقرة رقم ٢ ، الآية ٢٨٢) ويقول : ﴿ فإذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم ﴾ (سورة النساء رقم ٤ ، الآية رقم ٦) .

وإذا قيل انه اشترط في آية أخرى أن تكون الشهادة من ذوي عدل من المسلمين كقوله : ﴿ . . . فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ، وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ (سورة الطلاق رقم ٢ ، الآية ٦٥) فإنه يُردّ بأن هذه الآية جاءت في موضوع الطلاق .

وبذلك يمكن القول أن شهادة غير المسلم على المسلم تجوز في المسائل المدنية ونحوها دون مسائل الطلاق وما يتعلق بها ، وما دام أن القضاء أساسه الشهادة ـ كما يقول الأحناف ـ فإنه يمكن بشيء من التعليل القول بجواز قضاء غير المسلم ولو على المسلم فيما تجوز عليه شهادته[4] . ويمكن بالتالي فهم السياسة الشرعية التي تتبعها بعض

---

(١) يراجع شرح المجلة للاستاذ سليم باز ص ١١٦٤ ، المطبعة الثالثة ١٩٢٣ ، المطبعة الأدبية بيروت .

(٢) ذكر ذلك الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٣٩

(٣) ابن تيمية · الاختيارات ص ٢١٢ مذكور عند الدكتور محمد سلام مدكور ص ٣٩ .

(٤) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٤٠ و ١٢٥ .

الدول العربية والاسلامية من حيث جواز تعيين مطلق مواطن في منصب القضاء ، بصرف النظر عن ديانته ، وشمول ولايته القضائية جميع المواطنين من مسلمين وغيرهم . ويبدو أن هذا الرأي هو ما انتهت اليه اللجنة العلمية الاسلامية التي وضعت مجلة الأحكام العدلية ، فلم تشترط في المادة ١٧٩٤ الخاصة بصفات القاضي كونه مسلماً ، كما أن المادة ١٧٠٥ الخاصة بالشهادة فسرت العدالة المشترطة في الشهود بأن تكون الحسنات أكثر من السيئات دون أن تشترط الاسلام لصحتها .

هذا كله بالنسبة الى قضاء غير المسلم على المسلم ، أي مدى جواز الحكم عليه بالفعل ، أمّا من ناحية صلاحية غير المسلم لتولي القضاء ، فإن المفتى به أنه أهل للتولية ، ولذا فإن عَيَّنَ ولي الأمر غير المسلم في القضاء ، ثم أسلم وقضى بين المسلمين صح قضاؤه دون حاجة الى تولية جديدة[1] .

الشرط الرابع - العدالة بأن يكون صادق اللهجة ، ظاهر الأمانة ، عفيفاً عن المحارم ، مأموناً في الرضا والغضب .

الشرط الخامس - أن يكون عالماً بالأحكام الشرعية . والعلم بالأحكام الشرعية يتطلب العلم بأصول الشريعة ومعرفة فروعها . وأصول الشريعة أربعة : ١ - المعرفة من كتاب الله بما تضمنه من الأحكام ناسخاً ومنسوخاً ، ومحكماً ومتشابهاً ، وعموماً وخصوصاً ، ومجملاً ومفسراً . ٢ - العلم بسنة الرسول الثابتة من أفعاله وأقواله وطرق مجيئها . ٣ - العلم بأقاويل السلف فيما أجمعوا عليه ، واختلفوا فيه ، ليتبع الأجماع ، ويجتهد رأيه مع الاختلاف . ٤ - العلم بالقياس الموجب لرد الفروع المسكوت عنها ، الى الأصول المنطوق بها ، والمجمع عليها[2] .

الشرط السادس - السلامة في السمع والبصر والنطق ، لأن الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس اشارته ، والأصم لا يسمع قول الخصمين ، والأعمى لا يتكشف الخصوم . وأما سلامة الأعضاء فغير معتبرة فيه ، فيجوز أن يقضي القاضي وإن كان مقعداً ، وان كانت السلامة من العاهات أهيب له[3] .

(٤) صفات القاضي في أدب القاضي للماوردي :

لقد ألف الماوردي كتاباً في جزئين سماه أدب القاضي[4] ، وقد خصص فيه قسماً طويلاً عن « شروط جواز ولاية القاضي »[4] . وقد جاء فيه ان : « الذي يعتبر في جواز ولايته - أي القاضي - ونفاذ حكمه سبعة شروط : **أحدها - أن يكون كاملاً في نفسه** .

---

(١) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٤١ .

(٢) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ١٠٩ .

(٣) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ١٠٨ .

(٤) حقق هذا الكتاب : الأستاذ محي هلال السرحان ، ونشر في بغداد سنة ١٩٧١ مطبعة الارشاد .

وكمال نفسه ضربان : أحدهما ـ كمال حكمه . والثاني ـ كمال خلقه . فأمّا كمال الحكم : فهو بالبلوغ والعقل لأن باجتماعهما يتعلق التكليف ويثبت للقول حكم . . . وأما كمال الخلقة فتعتبر سلامته فيها في ثلاثة أوصاف : أحدها ـ صحة بصره فلا يكون أعمى . والثاني ـ صحة سمعه ، فلا يكون أصم . والثالث ـ سلامة لسانه ، فلا يكون أخرس . . . . فأما صحة أعضائه فغير معتبرة في ولايته ، فيجوز تقليده وان كان مقعداً أو ذا زمانة ، وإن كانت السلامة من الآفات أهيب لذوي الولايات . فصارت الأوصاف المعتبرة في كمال نفسه خمسة : البلوغ والعقل والبصر والسمع والنطق فهذا حكم الشرط الأول . والشرط الثاني ـ الذكورة فيكون رجلاً . فأما المرأة فلا يجوز تقليدها . . . والدليل(١) . . . قوله تعالى : ﴿ الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض ﴾ ، يعني : في العَقل والرأي ، فلم يجز أن يقمن على الرجال . وقول النبي ﷺ : « ما أفلحوا قوم أسندوا أمرهم الى امرأة » . وقوله ﷺ : « أخروهن من حيث أخرهن الله » . ولأنه لما منعها نقص الأنوثة من إمامة الصلوات مع جواز امامة الفاسق ، كان المنع من القضاء الذي يصح من الفاسق أولى . ولأن نقص الأنوثة يمنع من انعقاد الولايات كإمامة الأمة . ولأن من لم ينفذ حكمه في الحدود لم ينفذ حكمه في غير الحدود كالأعمى . وأما جواز فتياها وشهادتها فلأنه لا ولاية فيها فلم تمنع منها الأنوثة وان منعت من الولايات وكذلك تقليد الخنثى لا يصح ، لجواز أن يكون امرأة فإن زال إشكاله وبان رجلاً صح تقليده . فإن رد الى المرأة تقليد قاض لم يصح ، لأنه لما لم يصح أن تكون والية لم يجز أن تكون مولية . وإن رد اليها اختيار قاض جاز ، لأن الاختيار اجتهاد ، لا تمنع منه الأنوثة كالفتيا . والشرط الثالث ـ الحرية . . وجوّز بعضهم قضاء العبد ، لجواز فتياه . . . لقول عمر بن الخطاب : « لو كان سالم مولى أبي حذيفة حياً لما يخالجني في تقليده شك » . . . . والشرط الرابع ـ الاسلام فلا يجوز أن يكون الكافر قاضياً على المسلمين ، ولا على أهل دينه . وجوّز أبو حنيفة تقليده على أهل دينه ، وأنفذ أحكامه وقبل قوله في الحكم بينهم ، كما جوّز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ، اعتباراً بالعرف الجاري في تقليدهم واحتجاجاً بقوله تعالى : ﴿ لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض ﴾ ولأنه لما جازت ولايتهم في المناكح جازت في الأحكام . . . والشرط الخامس ـ العدالة . فمعتبرة في القضاء وجميع الولايات . والعدالة ، أن يكون صادق اللهجة ظاهر الأمانة عفيفاً عن المحارم متوقياً للمآثم بعيداً من الريب مأموناً في الرضا والغضب مستعملاً لمروءة مثله في دينه . . . والشرط السادس ـ أن يكون عالماً بالأحكام الشرعية . وعلمه بها يشتمل على أمرين : أحدهما ـ علمه بأصولها التي يستنبط بها أحكامها . والثاني ـ معرفته بفروعها فيما انعقد عليه الاجماع

(١) أدب القاضي جـ ١ من رقم ١٥٠٣ ص ٦١٨ حتى رقم ١٦٢٨ ص ٦٤٣ .

أو حصل فيه اختلاف ليتبع الاجماع ، ويجتهد في الاختلاف ، ليصير بذلك من أهل الاجتهاد في الدين ، فيجوز أن يفتي ويقضي . . . فإن كان عامياً من غير أهل الاجتهاد لم يجز أن يفتي ولا يقضي ، وكانت ولايته باطلة وحكمه وان وافق الحق مردوداً . . . والشرط السابع ـ أن يكون عاملاً . . . بأصول الشرع الأربعة . . . فإذا ثبت ما ذكرنا من هذه الشروط السبعة صح تقليد من وجدت فيه وان كان من هو أعلم منه موجوداً ، لأن تقليد المفضول مع وجود الفاضل جائز في القضاء »[1] .

(٥) صفات القاضي في الأندلس :

لقد ألف النباهي المالقي الأندلسي ، وهو من علماء القرن الثامن الهجري (٧١٣ ـ ٧٩٣) ، كتاباً سماه : « كتاب المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا » وسماه ناشره « تاريخ قضاة الأندلس » وقد عقد فصلاً سماه : في الخصال المعتبرة في القضاة[2] وقد جاء فيه : « من التنبيهات وشروط القضاء ، التي لا يتم للقاضي قضاؤه إلّا بها ، عشرة : الاسلام ، والعقل ، والذكورية ، والحرية ، والبلوغ ، والعدالة ، والعلم ، وسلامة حاسّة السمع والبصر من العمى والصمم ، وسلامة حاسة اللسان من البكم ، وكونه واحداً لا أكثر ، فلا يصح تقديم اثنين على أن يقضيا معاً في قضية واحدة ، لاختلاف الأغراض ، وتعذر الاتفاق ، وبطلان الأحكام بذلك . . .

« وشروط الكمال عشرة أيضاً : خمسة أوصاف ينتفي عنها ، وخمسة لا ينتفى . منها : أن يكون غير محدود (غير محكوم) ، وغير مطعون عليه في نسبه بولادة اللعان والزنا ، وغير فقير ، وغير أمي ، وغير مستضعف ، وأن يكون فطناً ، نزيهاً ، مهيباً ، حليماً ، مستشيراً لأهل العلم والرأي »[3] .

ونسب النباهي الأندلسي الى البعض[4] قوله : « لا يُستقضى إلّا من يوثق به في عفافه ، وصلاحه ، وفهمه ، وعلمه بالسنة ، والآثار ، ووجه الفقه . ولا يصلح أن يكون صاحب حديث لا فقهَ له ، ولا فقيهاً لا حديث عنده . . ولا ينبغي أن يولّى إلّا أن يكون له علم بالقضاء » .

ونقل النباهي عن أئمة المتكلمين أنهم قالوا[5] : « ينبغي للقاضي أن يحفظ فضائل أهل العدل ومآثرهم ، وينافسهم على ذلك ، وأن يأخذ نفسه بسَيْرهم ، وحفظ أحكامهم ورسائلهم ومواعظهم ، مع علمه بالفقه والحديث ، فإن ذلك قوة له على ما قلده الله » .

---

(١) الماوردي : أدب القاضي جـ ١ رقم ١٦٢٩ ص ٦٤٣ .

(٢) ص ٤ و ٥ .

(٣) النباهي الاندلسي : تأريخ قضاة الأندلس ص ٤ و ٥

(٤) ذكر ذلك الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ١١١

(٥) تأريخ قضاة الأندلس ص ١٧٧ .

وقال النباهي أيضاً [1] أنه : « نُقل عن مالك بن أنس أنه كان يقول في الخصال التي لا يصلح القضاء إلّا بها ، لا أراها تجتمع اليوم في أحد . فإذا اجتمع منها في الرجل خصلتان : العلم والورع ، قُدِّم . قال عبد الملك بن حبيب في كتابه : وإن لم يكن علم ، فعقل وورع . فبالعقل يسأل ، وبه تحصل خصال الخير كلها . وبالورع يَعَفُّ ، وان طلب العلم وجده ، وان طلب العقل ـ اذا لم يكن عنده ـ لم يجده . وقد قيل كثير العقل مع قليل العلم ، أنفع من كثير العلم مع قليل العقل . . . » .

(٦) صفات القاضي في مجلة الأحكام العدلية العثمانية :

كانت مجلة الأحكام العدلية محاولة موفقة لوضع تفنين مدني ، أيام الدولة العثمانية ، على مذهب الإمام أبي حنيفة . وقد شارك في وضعها نخبة من العلماء العرب والأتراك الذين يتقنون اللغتين التركية والعربية . وقد تضمن الكتاب السادس عشر من المجلة موضوع القضاء (المادة ١٧٨٤ وما بعدها) وخصص الباب الأول منه للقضاة ، وجعل الفصل الأول منه في بيان أوصاف القضاة (المادة **١٧٩٢** حتى **١٧٩٤**) .

وقد جاء في المادة **١٧٩٢** انه : « ينبغي أن يكون القاضي حكيماً فهيماً مستقيماً وأميناً مكيناً متيناً » .

وقد شرح الأستاذ علي حيدر [2] هذه الصفات على النحو الآتي :

« حكيماً : بمعنى الشخص المتصف بالحكمة ، والحكمة تأتي بمعان عديدة كالعدل والتقوى والفقه ويجوز هنا إرادة المعاني الثلاث فيجب أن يكون القاضي حكيماً أي عادلاً لأن رب العالمين قد أمر في كتابه العزيز بقوله : ﴿ إنّ الله يأمر بالعدل ، إن الله يحب المقسطين ﴾ . فلذلك يجب أن لا يوجه القضاء لغير العادل كما أنه يحرم على من يعلم أنه لا يمكنه مراعاة العدل في أحكامه قبول القضاء .

« والعدل هو عدم الجور والانصاف في الحكم ، وبتعبير آخر ان العدل بالنسبة للقاضي هو الحكم بالحق . . . » .

« ويجب أن يكون القاضي حكيماً أي متقياً وصالحاً غير فاسق لأنه لا يؤمن الفاسق على القضاء . . . يجب أن يكون القاضي حكيماً أي عاقلاً لأن العقل قوة للنفس ، والنفس بتلك القوة تكون مستعدة للعلوم والادراكات . . . ويجب أن يكون القاضي فهيماً أي عالماً بوجوه الفقه . . . لأن الحوادث محدودة والنصوص محدودة فلا يجد القاضي نصاً لتطبيقها في كل حادثة فيحتاج لاستنباط المعنى من النصوص ولا يتيسر ذلك إلّا للعالم الاجتهادي . فلذلك يجب على الجاهل ألّا يقبل القضاء . . » .

---

(١) تأريخ قضاة الأندلس ص ٢ .

(٢) الأستاذ علي حيدر . درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، منشورات مكتبة النهضه بيروت ـ بغداد ، حـ ٤ ص ٥٢٥ حتى ٥٣١

« وكما أنه يكون القاضي عالماً بالفقه . . . يجب أيضاً أن يكون صاحب قريحة يدرك بها عادات الناس لأن كثيراً من الأحكام مبنية على العرف والعادة »[1] .

« فهيماً : فيجب أن يكون القاضي فهيماً أي فطيناً وأن يستجمع أثناء المحاكمة فهمه وذهنه ، لأن فصل الخصومة يتوقف على تفهم كلام الطرفين . . فعليه إذا لم يستجمع القاضي فهمه ويبالغ في استماع كلام الطرفين ويقف على معنى أقوالهما تضيع إفاداتهما ولا يحصل فائدة منها . . . وان قول المجلة في المادة ١٨١٢ ينبغي للقاضي ألا يتصدى للحكم إذا تشوش ذهنه بعارضة مانعة لصحة التفكر هي مبنية على ذلك .

مستقيماً : مأخوذ من الاستقامة وهي بمعنى الاعتدال . فينبغي أن يكون القاضي مستقيماً وبمعنى آخر أن لا يكون محتالاً معانداً يأخذ الهدايا والرشوة وأن لا يكون من الناس المختلي الشرف أي بأن كان محدوداً بحد القذف فلا يجوز قضاؤه أصلاً[2] . . . وكذلك ينبغي أن يكون القاضي شديداً من غير عنف وليناً في غير ضعف وعبوساً بلا غضب ومتواضعاً من غير وهم . . . . ولا يجوز أن يكون القاضي سيء الخلق ، جاف الطبع ، قاسي القلب ، فظاً شديداً في كلامه . . » .

« أميناً : يطلق على الرجل الموثوق به والمعتمد عليه المأمون من نقيصة الضرر والخيانة وعبارة الأمين الواردة في سورة يوسف قد فسرت بمعنى المؤتمن على كل شيء » .

« مكيناً : بوزن فعيل يطلق على صاحب المنزلة والمكانة . . . ولذلك ينبغي أن يكون القاضي مكيناً أي ذا مكانة وشرف ولا يكون أرعن أو من أسافل الناس أدانيها » .

« متيناً : . . . أن يكون صلباً ومحكماً . . . من غير عنف . . وأن يكون ضحوك الوجه ، حلو الكلام . . . وأن يعامل من يحضر أمامه بالحسنى . . . » .

« ولما كان القضاء ذا أهمية عظمى فيجب على أولياء الأمر الذين لهم سلطة نصب القاضي أن يتفحصوا الأهل للقضاء وينصبوه ، وقد ورد عن النبي . . . « من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » . .

« وينبغي أن يكون القاضي عالماً دينياً ، والذي ينتخب قاضياً غير حائز لهذه الشروط والأوصاف يكون قد ارتكب باطلين : أولهما ـ توجيه القضاء الى غير مستحقه ، والثاني ـ منعه مستحقه »[3] .

ثم أضافت المادة ١٧٩٣ انه « ينبغي أن يكون القاضي واقفاً على المسائل الفقهية

---

(١) الأستاذ علي حيدر : ذات المرجع ص ٥٢٥ و ٥٢٦ .
(٢) الأستاذ علي حيدر : المرجع السابق ص ٥٢٧ .
(٣) الأستاذ علي حيدر : المرجع السابق ص ٥٢٨ .

وعلى أصول المحاكمات ومقتدراً على فصل وحسم الدعاوى الواقعة تطبيقاً لها » .

وقد شرح الأستاذ علي حيدر هذه الأمور على النحو الآتي :[1]

« **فقهية** : أي المنسوبة للفقه ، والفقه عند عامة العلماء هو اسم للعلم الخاص بالدين وليس اسماً لكل علم . والفقه هنا بالمعنى الوارد في المادة الأولى من المجلة ، (تقول هذه المادة : الفقه علم بالمسائل الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية) ، وللفقه معنى آخر بمعنى العلم بكتاب الله وسنة رسوله وبمقتضياتهما وإشارتهما وبإجماع الأمة . والفقه بهذا المعنى مخصوص بالمجتهدين . . .وانه في سنة ١٣٣١ هـ قد منع توجيه القضاء لغير المأذونين من مدرسة القضاء ، ولذلك ليس من اللائق تقليد القضاء للجاهل العدل والعالم غير العدل وليس لهما أن يتقلداه .

« إن العامي المحض غير أهل للقضاء إذ ينبغي للقاضي أن يتصف بالعلم والفهم والأهلية للقضاء ، وأقل علم ينبغي للقاضي أن يتصف به هو أن يكون قادراً على استماع الحوادث والمسائل الدقيقة بصورة جيدة ، وأن يكون حائزاً النصاب على طرق تحصيل الأحكام الشرعية من كتب المذهب ومن صدور المشايخ، وأن يكون قادراً على تطبيق الأحكام المذكورة على الدعاوى والوقائع ، فلذلك لا يجوز تقليد القضاء الذي هو أشرف الوظائف الى الأشخاص الغير واقفين على صغار أمور المعيشة .

« **ينبغي** : ويستفاد من تعبير ينبغي أنه لا يشترط أن يكون القاضي عالماً ، إذ عند الأئمة الحنفية يجوز أن يكون القاضي غير عالم . وفي هذه الصورة يحكم بفتوى غيره ، إذ أن الجاهل التقي أولى بالقضاء من العالم الفاسق .

أما عند الامام الشافعي ، إذا وجه القضاء الى غير عالم فلا ينفذ قضاؤه وحكمه »[2] .

وتضمنت المادة ١٧٩٤ انه « يلزم ان يكون القاضي مقتدراً على التمييز التام . بناء عليه ، لا يجوز قضاء الصغير والمعتوه والأعمى والأصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي » .

٢٧ ـ (ثالثاً) ـ قواعد التعيين في القضاء :

(١) مرجع التعيين :

الأصل ان الخليفة هو قاضي الأمة ، وهو صاحب الحق الأساسي في فصل الخصومات بين الناس ، كما كان النبي ، حال حياته ، قاضي المسلمين الأول .

وحيث أن النبي قد أجاز أن ينوب عنه قضاة ، لذلك كان من الجائز أن ينيب

---

(١) الاستاذ علي حيدر : المرجع السابق ص ٥٢٩ .

(٢) الاستاذ علي حيدر : المرجع السابق ص ٥٢٩ .

الخليفة من يقضي عنه أو يفوض ولاة الأقاليم أمر اختيارهم وتعيينهم .

وحينما أُحدث منصب الوزارة ، وتخلى الخليفة عن اختصاصانه للوزير ، أصبح حق تعيين القضاة عائداً للوزير ، وأصبح الوزير مرجعاً للتعيين .

كذلك حينما قامت السلطنات الى جانب الخلافة ، كان السلطان مرجعاً للتعيين .

ويوم أُحدث في الخلافة العباسية ، أيام الرشيد ، منصب « قاضي القضاة » انتقل حق تعيين القضاة وعزلهم وتأديبهم اليه .

وربما كان قائد الجند مخولاً حق تعيين القضاة حين الفتح[1] .

(٢) التحقيق والاختبار شرط للتعيين :

لقد ذكر البعض[2] ان النبي ، عندما قلد الإمام علياً قضاء اليمن ، لم يختبره لعلمه به ، ولكنه نبهه على أدب القضاء .

وقد أوجب العلماء التحقيق عن المرشح لمنصب القضاء قبل تعيينه ، وربما أضافوا الى التحقيق « الاختبار » في بعض الأحوال .

فقد جاء عند البعض[3]: «انه يشترط في المُوَلّي (أي مرجع التعيين) أن يكون عارفاً بتكامل شروط القضاء في المولَّى (أي المرشح للقضاء)،ليقع العقد (أي مرسوم التعيين) صحيحاً بعد معرفته به . فإن عرف تكاملها فيه جاز أن يقتصر على علمه به ، وإن لم يعرف تكاملها فيه سأل عنه . فإن استفاض الخبر بمعرفته كانت الاستفاضة أوكد من الشهادة ، فلم يجتمع معها الى الاختبار .

« وإن لم يستفض به الخبر ، جاز أن يقتصر فيه على شهادة عدلين بتكامل شروط القضاء فيه ، ويختبره المولّي ليتحقق باختباره صحة معرفته .

وإن لم يشهد بتكامل صفاته شاهدان لزم اختباره قبل تقليده في كل شرط يعتبر في صحة تقليده ، من أصول وفروع . فإذا عَرَفَ صحتها من أجوبته قلده حينئذٍ . فإن النبي اختبر مُعَاذاً حين قلده قضاء اليمن ، ولم يختبر عليّاً عند تقليده لأنه أخبر منه بمُعَاذ » .

وقد ذكر البعض[4] انه : « إذا عَرَفَ (المرشح للقضاء) ذلك (أي القرآن والسنة وأقاويل السلف والقياس) صار من أهل الاجتهاد وجاز له أن يفتي ويقضي . ومن لم يعرف ذلك لم يكن من أهل الاجتهاد ، لم يجز له أن يفتي ولا يقضي . والعلم بأنه من

(١) الاستاذ ظافر القاسمي . المرجع السابق ص ١٢٣ .

(٢) الدكتور صبحي الصالح : المرجع السابق ص ٣١٩ .

(٣) الماوردي . أدب القاضي جـ ١ رقم ١٦٢ حتى ١٦٦ ص ١٧٥ و ١٧٦ .

(٤) أبو يعلي الفراء . الأحكام السلطانية ص ٤٦ مذكور عند الاستاذ القاسمي ص ١٣٤ .

أهل الاجتهاد يحصل بمعرفة متقدمة ، وباختباره ومساءلته » .

وجاء في شرح أحكام المادة ١٧٩٢ من مجلة الأحكام العدلية[1] انه لما كان القضاء ذا أهمية عظمى فيجب على أولياء الأمر الذين لهم سلطة نصب القاضي أن يتفحصوا الأهل للقضاء وينصبوه ، وقد ورد عن النبي قوله : « من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » .

وجاء في شرح المادة ١٧٩٣ من مجلة الأحكام العدلية[2] إنه إبتداء من سنة ١٣٣١ هـ منع توجبه القضاء لغير المأذونين من مدرسة القضاء لأنه ليس من اللائق تقليد القضاء للجاهل العدل والعالم غير العدل .

(٣) سن التعيين في القضاء والإحالة على التقاعد :

إشترط الفقهاء في القاضي أن يكون بالغاً . والبلوغ قد يكون في الثانية عشرة ، وربما قبلها ، في البلاد الحارة ، ولا يتأخر عن الخامسة عشرة ، بحسب رأي الأطباء وأهل الخبرة . وحيث أن هنالك شروطاً أخرى مطلوبة في القاضي كالعلم بالفقه والاجتهاد وغيرها من مصادر الحكم ، فإن سن الخامسة عشرة أو ما دونها لا يمكن أن تكون سناً معقولة أو ممكنة لتولي القضاء[3] .

وقد ذكر عند البعض[4] أن النبي ولّى عتاب بن أسيد مكة بعد فتحها وله إحدى وعشرون سنة ، وقيل ثلاث وعشرون سنة . وان القاضي جلال الدين أحمد وُليَ القضاء وعمره سبع عشرة سنة . وإن عز الدين العسقلاني ولي القضاء وسنه نحو عشرين .

كذلك لم يبحث الفقهاء السن العليا التي يجب على القاضي أن يتوقف فيها عن القضاء . والظاهر أنه ما دام القاضي متمتعاً بقواه العقلية ، وقادراً جسدياً وصحياً على القيام بوظيفته ، ولم يكن هنالك سبب يدعو الى عزله ، أبقي في مكانه . فقد ذكر أن القاضي شريح أقام على القضاء في الكوفة ستين سنة ، وقضى بالبصرة سنة . فلو افترضنا أنه كان ابن عشرين يوم تولى القضاء ، فمعنى ذلك أنه بقي يقضي بين الناس بعد أن جاوز الثمانين[5] .

(٤) مرسوم التعيين في القضاء :

أورد البعض[6] نص مرسوم بتعيين قاضي القضاة جاء فيه : « ان الخليفة المطيع

---

(١) الأستاذ علي حيدر : المرجع السابق ص ٥٢٨ .

(٢) الاستاذ علي حيدر : المرجع السابق ص ٥٢٩ .

(٣) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ١٥٦ .

(٤) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ١٥٧ .

(٥) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ١٥٨ .

(٦) الأستاذ علي منصور : المرجع السابق ص ٣٢٥ وقد نقله عن المؤرخ السيوطي عند كلامه على حوادث سنة ٣٦٣ هـ / ٩٧٣ م

قلّد القضاء أبا الحسن محمد بن شيبان الهاشمي بعد تمنع وشَرَطَ هذا القاضي شروطاً لنفسه . منها ألّا يرتزق على القضاء ولا يُخلع عليه من الخليفة ، ولا يُشفع لديه فيما يخالف الشرع ، وأن يقدّر هو رواتب أعوانه من كتبة وحجاب وغيرهم ، فقبل الخليفة وأصدر مرسوم التعيين . . . عن علم بأنه المقدّم في بيته وشرفه . . » .

(٥) رزق القضاء ورواتبهم :

كانت رواتب القضاة **تتمشى مع الحالة المالية وحالة الرخاء وحاجة القاضي** [١] ، فقد فرض عُمر لقاضيه شُرَيح مائة درهم في الشهر ، وزادت الرواتب للقضاة في عهد بني أمية الى عشرة دنانير شهرياً ثم ارتفعت الى ثلاثين ديناراً في عهد الدولة العباسية . وفي عهدها الزاهر عهد المأمون كان قاضي مصر عيسى بن المنكدر يتقاضى ألف دينار شهرياً ، وبلغ في عهد الفاطميين ١٢٠٠ ديناراً[٢] .

ولأجل ضمان النزاهة ، استحسن السرخسي أن يقلد الامام القضاء من له ثروة ، لكي لا يطمع في أموال الناس . وهذا ما أوصى به عمر الى أبي موسى الأشعري ، حيث كتب له : « لا تستقضينّ إلّا ذا مال وذا حسب . فإن ذا المال لا يرغب في أموال الناس » [٣] .

غير أنه وجد في الإسلام بعض القضاة ممن لم يقبل أجراً على القضاء ، إمّا ديانة أو تعففاً أو استغناء[٤] : ووجد من القضاة كذلك من أخذ على نفسه عدم استيفاء الأجرة عن يوم العطلة : فقد ذُكر عن أبي خزيمة ابراهيم بن زيد ، قاضي مصر ، انه كان لا يأخذ ليوم الجمعة رزقاً قائلاً : إنما أنا أجير للمسلمين ، فإذا لم أعمل لهم لم آخذ متاعهم ، وقد ردّ لبيت المال خمسة دراهم ، ليوم لم يجلس فيه للقضاء[٥] .

وإن قاضي قرطبة نصر بن طريف اليحصبي كان ورعاً ، فإذا شُغل عن القضاء يوماً لم يأخذ لذلك اليوم أجراً .

وإن القاضي أبي خزيمة الرعيني كان إذا غسل ثيابه ، أو شهد جنازة ، أو اشتغل بشغل يختص به ، يأخذ من رزقه بقدر ما يشتغل ، فيعيده الى بيت المال ، ويقول : إنما أنا عامل للمسلمين ، فإذا اشتغلت بشيء عن عملهم ، لم أستحق أن آخذ من مالهم شيئاً .

وان سليمان بن أسود الغافقي لما عزل عن قضاء ماردة في قرطبة ، كتب الى

---

(١) هذا ما جاء عند الاستاذ علي منصور . المرجع السابق ص ٣٤١ .
(٢) أي ما يوازي ٦٠٠ جنيه مصري حالياً (الأستاذ علي منصور ص ٣٤١) .
(٣) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٧٥ .
(٤) الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٢١٣ .
(٥) وكيع : أخبار القضاة جـ ٣ ص ٢٣٣ .

الأمير : ان بيدي مالاً تجمع من أرزاقي ، وجب علي صرفه الى بيت المال ، وهو مما حاسبت فيه نفسي ، من أيام الجمع ، وأوقات الأشغال ، والأحيان التي وجب عليّ فيها النظر فلم أنظر[1] .

وقد خصص الامام الماوردي في كتابه أدب القاضي بحثاً مستقلاً عن « رزق القضاة »[2] جاء فيه : « والقضاء مما يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال ، لأن الله تعالى جعل للعاملين على الصدقات سهماً فيها . . . ولأنه لما ارتزق الخلفاء الراشدون على الخلافة لانقطاعهم عن المكاسب ، كان القضاة بمثابتهم . . ورزقه مقدر بالكفاية من غير سرف ولا تقصير . وكذلك ارتزاق أعوانه من كاتب ، وحاجب ، ونائب ، وقاسم ، وسجان ، حتى لا يستعجل واحد منهم خصماً . قال الشافعي : ويجعل مع رزق القاضي شيئاً لقراطيسه ، لأنه لا يستغني عن إثبات الحجج والمحاكمات ، وكتب المحاضر والسجلات ، وهي من عموم المصالح فكان سهم المصالح من بيت المال أحق بتحملها » .

٢٨ - (رابعاً) - عزل القاضي واستعفاؤه :

(١) عزل القاضي :

قد يجد مرجع التعيين ضرورة لعزل القاضي لسبب من الأسباب . وقد جاء عند البعض[3]، أنه يجوز للمولّي أن يعزله إذا شاء . والأولى بالمولّي أن لا يعزله إلاّ من عذر .

التمنع عن إحقاق الحق سبب للعزل : ومن حوادث العزل ذوات الدلالة ما رواه البعض[4] : « إن عمر استعمل قاضياً ، فاختصم اليه رجلان في دينار ، فحمل القاضي ديناراً فأعطاه للمدعي فقال عمر : اعتزل قضاءنا » .

كثرة الكلام سبب للعزل : جاء في شرح نهج البلاغة لابن أبي الحديد[5] : « أن عمر بن عبد العزيز عزل بعض قضاته ، فقال : لم عزلتني ؟ فقال : بلغني أن كلامك أكثر من كلام الخصمين إذا تحاكما اليك » .

الجور في الحكم سبب للعزل : ذكر البعض[6] أن يتيماً تظلم بعد بلوغه من القيِّم عليه الى القاضي يحيى بن ميمون فلم ينصفه . وأتى اليتيم ببينة من قومه فشهدوا انه

---

(١) الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٢١٦

(٢) الماوردي : أدب القاضي جـ٢ ص ٢٩٤ حتى ٣٠٠ .

(٣) المارودي · أدب القاضي جـ ١ رقم ١٨٤ ص ١٨٠ .

(٤) وكيع : أخبار القضاة جـ ١ ص ٨١ .

(٥) الجزء الرابع ص ١٣٣ .

(٦) الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ١٧٠ .

مظلوم ، فلم يستمع يحيى منهم . فكتب اليه اليتيم بأبيات من الشعر فسجنه يحيى . ثم رفع الأمر الى الخليفة ، فعظم ذلك عليه وكتب بصرف يحيى من القضاء مذموما مدحوراً .

مخالفة السنة والاجماع سبب للعزل : فقد جاء شخص الى القاضي اسماعيل الكندي في مصر وجلس بين يديه وقال له جئت مخاصماً لك . قال : فبماذا ؟ قال في إبطالك أحباس المسلمين أي الأوقاف . فقد حبس رسول الله ، وأبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلي ، وطلحة ، والزبير ، فمن بقي بعد هؤلاء ؟ وقام وكتب الى المهدي ، فورد الكتاب بعزله . فسبب العزل هنا اجتهاد خالف السنة والاجماع وهو ما يقابله في نظامنا القضائي خطأ القاضي الجسيم الذي يفترض أن لا يقع فيه قاض يهتم بواجباته الاهتمام العادي [١] .

الرشوة سبب للعزل : روى البعض[٢] أن القاضي حمزة بن علي الغلبوني ، استخلف على قضاء مصر وكان يسير سيرة سيئة ، وشهد شهود عليه بأنه انكشف لهم من حاله : قلة الأمانة ، وظهور الخيانة ، ورقة الدين ، واغتصاب مال المسلمين ، وارتشاء مال المسلمين . . . فثبت أنه غير موضع للقضاء فعزل .

القيام للناس في مجلس الحكم سبب للعزل : روي أن يونس بن عطية كان قد استناب في مرضه رجلاً ، فبلغه أنه قام لآخر في مجلس الحكم ، فعزله وقال : ليس على هذا مضى السلف[٣] .

العجلة في الحكم سبب للعزل : ذكر النباهي المالقي في كتابه تأريخ قضاة الأندلس[٤] ان القاضي معاذ بن عثمان الشعباني ولي القضاء سبعة عشر شهراً ، فكان يعجل بالحكم : فأحصي عليه في تلك المدة سبعون قضية أنفذها ، فاستنكرت منه . وخيف عليه الزلل ، فعجل الأمير عزله .

(٢) استعفاء القاضي :

إستعفاء القاضي لعدم تنفيذ حكمه : جاء عند البعض[٥] ان القاضي عمران بن عبد الله (سنة ٨٩ هـ) شُهد عنده على كاتب لعبد الله بن عبد الملك أنه سكر ، فأراد حده وقصاصه فمنع منه عبد الله بن الملك فقال عمران : لا أقضي أو أقيم عليه الحد . فلم يصل الى ذلك ، فانصرف عن القضاء .

---

(١) المادة ٧٤١ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد

(٢) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ١٧٢ .

(٣) مذكور ذلك عند القاسمي ص ١٧٣ .

(٤) ص ٥٥ .

(٥) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ١٧٨ و ١٧٩ .

إستعفاء للتدخل عنده : وان القاضي أبي العباس الحنفي : كان صارماً ، مهيباً ، نزهاً ، قوّالاً بالحق ، لا يقبل لأحد هدية ، ولا يعمل برسالة أحد من أهل الدولة ، ولا يراعيهم . فكثرت عليه رسائلهم ، فكَرِهَ الاقامة بينهم ، وسأل العزل مرة بعد مرة .

إستعفى لعجزه : وان القاضي شريح أتاه رجل فقال له : كبر سنك ، ورق عظمك ، وذهلت عن حكمك ، وارتشى ابنك فقال له : أعِدْ عليّ . فأعاد عليه ، فاستعفى وأعفي .

٢٩ ـ (خامساً) ـ مسؤولية القاضي عن أحكامه :

الفقهاء مجمعون على أن القاضي إذا تعمد الجور ، وأقر بأنه حكم متعمداً بغير الحق ، لزمه الضمان في ماله ويعزر بالعقوبة لارتكابه هذه الجريمة ويعزل من القضاء . أما إذا كان الخطأ غير متعمد ، فإنه لا يضمن ما ترتب على خطئه من أضرار مالية لحقت بأحد الخصمين بسبب هذا الخطأ ، لأنه في قضائه نائب عن ولي الأمر ممثل الأمة ، والنائب لا يلتزم بالعهدة . وينظر ، فإذا كان الأمر المقضي فيه حقاً من حقوق الله كحد الزنا والسرقة بطل القضاء ووجب الضمان في بيت مال المسلمين ، وإذا كان حقاً من حقوق العباد وأمكن تدارك الأمر ، فإن الحكم يبطل بالطعن فيه ، وإلاّ فإذا كان الحكم مبرماً وتنفذ : فإن كان أساس الخطأ تدليس المدعي فيما أثبت به الدعوى ، كان الضمان في مال المقضى له حتى لو كان الحكم بالقصاص فإنه يلزمه التعويض ولا يُقتص منه ، لأن حكم القضاء شبهة مانعة من القصاص . وأذا لم يكن منشأ الخطأ ما ذكر ، وإنما كان من اجتهاد القاضي ، فلا شيء ولا يبطل الحكم[1] .

وقد نظم قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد مسألة مداعاة الدولة بشأن المسؤولية الناجمة عن أعمال القضاة العدليين .

فنصت المادة ٧٤١ من القانون على أنه : « تجوز مداعاة الدولة بشأن المسؤولية الناجمة عن أعمال القاضي . . . في جميع الحالات التي يجيز فيها هذه المداعاة نص خاص وفي الحالات التالية : ١ ـ الاستنكاف عن إحقاق الحق . ٢ ـ الخداع أو الغش . ٣ ـ الرشوة . ٤ ـ الخطأ الجسيم الذي يُفترض أن لا يقع فيه قاض يهتم بواجباته الاهتمام العادي » .

وتنص المادة ٧٥٣ من ذات القانون أنه : « في حال الحكم بصحة الطلب المبني على الإستنكاف عن إحقاق الحق يقضي على المدعى عليها ـ الدولة ـ بالتعويض للمدعي عن الضرر المسبب له وبإحالة الدعوى الأساسية لقاض آخر يَنظر فيها » .

وتنص المادة ٧٥٤ : « في حال الحكم بصحة الدعوى المبنية على الخداع أو الغش

---

(١) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٦١ .

أو الرشوة أو الخطأ الجسيم يُقضى ببطلان الحكم أو الاجراء المشكو منه وبتعويض للمدعي عن الضرر المسبب له » .

وتنص المادة ٧٥٨ على أنه : « في حال صدور حكم على الدولة بالتعويض يكون لها حق الرجوع به على القاضي . . . » .

وتنص المادة ٧٥٩ على أنه : « إذا صدر حكم للدولة ، جاز لها ، في الحالات المبينة في البنود ٢ و٣ و٤ من المادة ٧٤١ ، أن تقيم الدعوى بمخاصمة القاضي أمام الهيئة العامة لمحكمة النقض . . . وذلك بقصد إبطال الحكم المذكور . . . وللدولة أن تطالب القاضي ، في الدعوى عينها ، بالتعويض المناسب . . . » .

وتنص المادة ٧٦٠ على أنه : « تبلغ الأحكام الصادرة في الدعوى المقامة على الدولة أو منها الى مجلس القضاء الأعلى والى هيئة التفتيش القضائي » .

وتنص المادة ٣٥٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني على أنه : « يمكن أن يُحكم ، بناء على طلب المحكوم عليه في الحكم الصادر ببراءته بعد قبول طلب اعادة المحاكمة ، بالتعويض من الضرر الناشىء له عن الحكم السابق . يعود طلب التعويض ، إذا كان المحكوم عليه ميتاً لزوجه وأصوله وفروعه . . » .

وتنص المادة ٣٦٠ من القانون الأخير : « تتحمل الدولة التعويض المحكوم به ولها أن ترجع به على المدعي الشخصي أو المخبر أو شاهد الزور الذين كانوا السبب في صدور الحكم بالعقوبة » .

٣٠ ـ (سادساً) ـ استقلال السلطة القضائية الاسلامية :

من ضمانات العدالة واحقاق الحق ، مبدأ استقلال القضاء عن سلطات الدولة الأخرى لا سيما عن السلطة التنفيذية ، ويستتبع ذلك خضوع أرباب الحكم جميعاً لسلطان القانون ولصلاحية القضاء أسوة بسائر المواطنين .

وقد تأيد استقلال السلطة القضائية الاسلامية عن السلطات الأخرى منذ أربعة عشر قرناً بعمل قضاة السلف ، وبأقوال أئمة المذاهب .

(١) خضوع الخلفاء للقضاء : ويشهد على استقلال القضاء في الاسلام خضوع الخلفاء في خصوماتهم لصلاحية القضاء ، إذ أنه لم يكن للخليفة أو للإمام أن يقضي لنفسه ، كما لا يجوز له أن يشهد لنفسه . لذلك لجأ الخلفاء في خصوماتهم الى سلطة القاضي ، وكانوا لا يرون أي نقيصة أو غضاضة في ذلك . بل كان ذلك يصمهم بالعدالة والنزاهة ، ويضمن للرعية المساواة .

ومن الأمثلة المثالية على ذلك[1] ، قضية للخليفة عمر مفادها: أنه أخذ فرساً من

(١) ذكر ذلك : الدكتور صبحي محمصاني ، تراث الخلفاء الراشدين ، ص ١٥٨ و ١٥٩ و ١٦٠ .

أعرابي لتجربته قبل شرائه ، فحمل عليه عمر وعطب الفرس . ولما خاصمه ، مطالباً إياه بالثمن ، اتفقا على تحكيم شريح العراقي . وهذا ، بعد سماع الطرفين ، حكم على الخليفة بدفع الثمن ، قائلاً : « أخذته صحيحاً سالماً ، فأنت له ضامن حتى ترده سالماً » . والعبرة من هذه القضية أن خليفة المسلمين رضخ لحكم القضاء الذي لم يتأثر إلّا بحكم القانون ، من دون مراعاة لمكانة المدعى عليه . وكذلك فقد روي أن الامام علياً ، لما رجع من قتال معاوية ، وجد درعه المفقودة بيد رجل يهودي ، كان يسعى لبيعها . ولما أصر هذا على أن الدرع له ، اختصم الاثنان أمام القاضي شريح . فطلب القاضي من الإمام علي أن يثبت دعواه . فأتى بخادمه قنبر وابنه الحسن شاهدين . فرفض القاضي شهادة الابن لوالده. فقال علي : « سبحان الله ، رجل من أهل الجنة لا تجوز شهادته . سمعت رسول الله يقول : الحسن والحسين سيدا شباب أهل الجنة » . ولما أصر القاضي على موقفه ، طلب علي من اليهودي أن يأخذ الدرع ، لأنه لم يكن له شهود غير من ذكر . فما كان من المدعى عليه إلّا أن تأثر بهذا العدل ، وباحترام علي لاستقلال القضاء . فقال : « أشهد أن الدرع لك ، وأن دينكم هو الحق . قاضي المسلمين يحكم على أمير المؤمنين ويرضى . أشهد أن لا إله إلّا الله ، وأشهد أن محمداً رسول الله » . فسرَّ الامام علي بإسلام اليهودي ، فدفع اليه الدرع تبرعاً ، ثم توجه هذا مع علي ، يقاتل معه في النهروان حتى استشهد .

ويروي قاضي القضاة أبو يوسف عن نفسه[1] أنه جاءه رجل يدعي على الخليفة أن له بستاناً في يد الخليفة ، فأحضر الخليفة الى مجلس القضاء ، وطلب من المدعي البينة على دعواه فقال : غَصَبه المهدي مني ولا بيّنة لديّ وليَحْلف الخليفة ، فقال الخليفة البستان لي اشتراه لي المهدي ولم أجد به عقداً ، فوجه القاضي أبو يوسف الى الخليفة اليمين ثلاث مرات فلما لم يَحْلف قضى بالبستان للرجل .

وذكر البعض[2] أن قاضي المدينة محمد بن عمران ، عندما أقام الحمّالون الدعوى على الخليفة أبي جعفر المنصور ، سأله المنادي بأي شيء أُنادي : أبالخلافة أم باسمه ؟ قال : باسمه . فناداه فتقدم اليه ، فقضى عليه .

(٢) خضوع الدولة لسيادة القانون : من ذلك قضية سكان مدينة سمرقند ، التي تثبت سيادة القانون وخضوع الدولة الاسلامية لحكم القانون في القضايا الدولية . وخلاصتها أن القائد قتيبة بن مسلم الباهلي كان دخل تلك المدينة دون انذار أهلها ، كما توجبه الأحكام الشرعية . فبعد وفاة قتيبة ، أرسل هؤلاء وفداً منهم الى الخليفة عمر بن

---

(١) الأستاذ علي منصور : المرجع السابق ص ٣٢٧ .

(٢) وكيع : أخبار القضاة جـ ١ ص ١٩٣

عبد العزيز ، يشكون اليه هذا الغدر . فكتب الخليفة الى عامله ، يأمره بأن ينصب لهم قاضياً ، ينظر في أمرهم . فنصب الوالي لذلك القاضي جميع بن حاضر الباجي . فحكم هذا بإخراج المسلمين من سمرقند ، على أن ينابذوا أهلها على سواء . فكره هؤلاء الحرب ، وأقروا للمسلمين بعد أن اطمأنوا الى عدلهم ، وأقاموا بين أظهرهم[١] .

(٣) **رفض القضاة تدخل الولاة وشهادة قادتهم** : ومن الأمثلة كذلك على استقلال القضاء في الاسلام أن القاضي شريحاً كان يرد تدخل الولاة في أحكامه . فقد قضى مرة على رجل ، فحبسه في السجن . فعلم بذلك والي البصرة والكوفة بشر بن مروان ، أخ الخليفة الأموي عبد الملك بن مروان . فأرسل الى شريح ، طالباً إليه أن يخلي سبيل الرجل . فأجابه شريح : « السجن سجنك ، والبواب بوابك . وأما أنا فإني رأيت عليه الحق ، فحبسته لذلك » . ثم أبى أن يخلي عنه[٢] .

وكذلك روي عن القاضي ابن شبرمة أنه كان مستقلاً في قضائه ، جريئاً في أحكامه . فقد قضى مرة على أحد القواد ، وقال له : « إياك والله ، لئن هربت ، لأتبعنك القضاء» . وقال لخصمه : « خذ منه كفيلاً أو وكيلاً »[٣] .

ومن أمثلة عدالة واستقلالية القاضي أبي يوسف انه رد شهادة بعض قواد الخليفة الرشيد ولم يقبلها فسأله الرشيد في ذلك فقال (عن الشاهد) : سمعته يقول أنا عبد الخليفة ، فإن كان صادقاً فلا شهادة لعبد ، وان كان كاذباً فشهادته مردودة أيضاً لكذبه . وبالغ الخليفة في الجدل فقال له وما شأني كشاهد ، أتقبل شهادتي ؟ فقال أبو يوسف لا ، فعجب الخليفة عن السبب فقال لأنك تتكبر على الخَلْق ولا تحضر (صلاة) الجماعة مع المسلمين ، وهذا يُنافي العدالة التي هي شرط لقبول الشهادة ، فبنى الرشيد مسجداً في داره وأذن للعامة في الصلاة فيه فحضر بذلك صلاة الجماعة .

(٤) **ليس في القضاء شفاعة** : القصص في ذلك كثيرة وقد جاء عند البعض[٤] ان القاضي أبي عيسى المقيري الكركي : باشر القضاء بصرامة ، وانفاذ للحق ، وحكم بالعدل ، وعدم التفات لشفاعة أحد ، أو رسالة كبير أو صغير .

وجاء في تاريخ الخلفاء للسيوطي[٥]،ان المنصور كتب الى قاضي البصرة سوّار بن عبد الله : « أنظر الأرض التي تخاصم فيها فلان القائد وفلان التاجر ، فادفعها الى

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٦١ .

(٢) وكيع : أخبار القضاة جـ ٢ ص ٢٧٩ ؛ الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٣٧ .

(٣) وكيع : أخبار القضاة جـ ٢ ص ١١١ ؛ الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٣٧ .

(٤) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ١٨٩ حتى ١٩٨ .

(٥) ص ٢٦٥

القائد . فكتب اليه القاضي : ان البينة قامت عندي أنها للتاجر ، فلست آخرجها من يده إلّا ببينة . فكتب اليه المنصور : والله . . . لتدفعنها الى القائد : فكتب اليه القاضي : والله . . . لا أخرجتها من يد التاجر إلّا بحق . فلما جاءه الكتاب قال : ملأتُها والله عدلاً ، وصار قضاتي تردني الى الحق » .

وجاء في تاريخ قضاة الأندلس للنباهي المالقي(١) : « إن بدرون الصقلبي كان خادماً عند الأمير . . . دخل عليه باكياً ، فقال له الأمير : ما دهاك ؟ فروى بدرون قصة له مع قاضيه سليمان بن الأسود الغافقي ، ثم قال بدرون : أفيحسن عندك - يا مولاي - أن يركب مني قاضيك مثل هذا ، ومكاني من خدمتك مكاني ؟ فتغير وجه الأمير محمد ، وقال له : يا بدرون ، اخفض عليك ، فمحلك مني تعلمه ، فاسألنا به حوائجك ، نُجِبْك اليها ، ما خلا معارضة القاضي ، فهذا باب قد أغلقناه ، فلا نجيب اليه أحداً من أبنائنا ، ولا من أخواننا ، ولا من أبناء عمنا ، فضلاً عن غيرهم ، والقاضي أدرى بما فعل . . » .

(٥) لا يقبل القاضي كتاباً إلّا في مجلس القضاء : روى وكيع(٢) فقال : كتب أبو شيبة كتاباً الى ابن أبي ليلى . . فلقيت ابن أبي ليلى . . . فدفعت اليه الكتاب ، فلم يقبله . فقلت ليس هو في الحكم ، إنما هو وصلك به . قال : لا أقبله إلّا في مجلس الحكم .

وروى الكندي في كتاب الولاة والقضاة(٣) : إن أبا جعفر المنصور كتب الى القاضي أبي خزيمة في مصر ، فدفع اليه الكتاب ، فلما نظر اليه جعله في كمه ، فكلمه محمد بن سعيد أن يفضه فقال : هذا من الحكم ، وللحكم مجلس .

٣١ - (سابعاً) - آداب القضاة (٤) في حياتهم الخاصة :

يقول الماوردي في أدب القاضي(٥) : « وللقضاة آداب تزيد بها هيبتهم ، وتقوى بها رهبتهم . والهيبة والرهبة في القضاء من قواعد نظرهم ، لتعود الخصوم الى التناصف ، وتكفهم عن التجاحد . وآدابهم . . تشتمل على . . . آدابهم في أنفسهم : وهو معتبر بحال القاضي ، فإن كان موسوماً بالزهد والتواضع والخشوع ، كان أبلغ في هيبته وأزيد في رهبته . وإن كان ممازحاً لأبناء الدنيا ، تميز عنهم بما يزيد في هيبته من

---

(١) ص ٥٨ .

(٢) أخبار القضاة جـ ٣ ص ٣١٠ .

(٣) ص ٣٦٦ .

(٤) الادب هو التخلق بالاخلاق الجميلة والخصال الحميدة . وأدب القاضي التزامه لما عيّن له من بسط العدل ودفع الظلم وترك الميل والمحافظة على حدود القانون والجري على المسلك القويم (مجلة الأحكام العدلية للاستاذ سليم باز ص ١١٦٥) .

(٥) جـ ٢ رقم ٢٩٣٩ ص ٢٤١ - ٢٤٢ .

لباس لا يشاركه غيره فيه ، ومجلس لا يساويه غيره فيه ، وسمت يزيد على غيره فيه »

تناول الفقهاء بحث آداب القاضي في حياته الخاصة : كبيع القاضي وشرائه ، وحضور القاضي الولائم ، واستقبال القاضي للخصوم ، وقبوله الهدايا ، وعيادة المرضى وحضور الجنائز ، وبيت القاضي ، ولباسه ومركبه ، ومشي القضاة .

(١) ـ بيع القاضي وشراؤه :

حفاظاً على وقار ورزانة القاضي كره له البعض مباشرة البيع والشراء وذكر الماوردي في أدب القاضي(١) عن الشافعي قوله : « واكره له البيع والشراء خوف لمحاباة والزيادة ويتولاه له غيره . وإنما كره له أن يباشر البيع والشراء في خاص نفسه ، أو لغيره ـ وإن لم يكن كرهه أبو حنيفة ـ لأن النبي قال : ما عدل وال اتجر في رعيته أبداً . وروي عن شريح قال : شرط علي عمر حين ولاني القضاء ، أن لا أبيع ولا ابتاع . . . لأنه إذا باع واشترى لم يؤمن أن يسامح ويحابى ، فتميل نفسه عند المحاكمة اليه، الى ممايلة من سامحه وحاباه ، ولأن في مباشرته بُذْلة تقل بها هيبته ، فكان تصاونه عنها أولى . فإن قيل فقد كان رسول الله يبيع ويشتري فعنه أجوبة : أحدها ـ ان الله تعالى قد نزه رسوله مما يتوجه الى غيره من التهمة . . . والثاني ـ انه ما فعل ذلك بعد النبوة إلّا نادراً ، قصد به بيان الأحكام . .

« فإن احتاج القاضي الى بيع أو شراء ، وكّل من ينوب عنه ، ولا يكون معروفاً به ، فإن عُرف استبدل به من لا يُعرف ، حتى لا يُحابى ، فتعود المحاباة اليه . فإن لم يجد في مباشرته للبيع والشراء بداً ، واحتكم اليه من بايعه وشاراه ، اخترنا له أن لا ينظر في حكومته بنفسه ، ويستخلف من ينظر فيها ، فيكون بعيداً من التهمة ، فإنه وان حَكَم بالحق ، لا يؤمن أن يكون قلبه اليه أمْيَل من خصمه إن ياسَرَهُ ، أو الى خصمه أميل إن عاسَرَهُ . فإن خالف ما اخترنا ، وتفرد بالبيع والشراء ، فأحكامه نافذة »(٢) .

وقد روى السرخسي في المبسوط(٣) ان الرسول قال : « لا يبيع القاضي ولا يبتاع » .

ويقول الدكتور صبحي محمصاني(٤) ان الرزانة لا تمنع القاضي من شراء حوائجه ، وحوائج أهله من السوق بنفسه . فقد باشر ذلك النبي ، وباشره خلفاؤه الأربعة وقضاتهم ، بعد تقلدهم القضاء(٥)

---

(١) جـ ١ رقم ٣٦٧ ص ٢٣٧ وما بعدها .

(٢) تنص المادة ١٧٩٥ من مجلة الأحكام العدلية انه : « يجتنب القاضي في مجلس الحكم الأفعال والأوضاع التي تزيل مهابة المجلس كالبيع والشراء والملاطفة » .

(٣) ١٦ / ٧٧ مذكور عند الدكتور محمصاني ، المجتهدون في الحق ص ١٤٢ .

(٤) المجتهدون في الحق ص ١٧٦ ـ ١٧٧ .

(٥) السرخسي : المبسوط ١٦ / ٧١ و ٧٧ .

(٢) حضور القاضي الولائم :

ذكر البعض[١] عن الامام الشافعي قوله عن حضور القاضي الولائم : « ولا أحب أن يتخلف عن الوليمة : إما أن يجيب كلا ، وإما أن يترك كلا ويعتذر إليهم ، ويسألهم التحليل . أما حضور الولائم إذا دعي اليها ، فيجوز أن يجيب ، لقول النبي : لو دعيت الى كراع لأجبت . . واختلف أصحابنا فيمن تعلقت عليه أمور المسلمين من الأئمة والقضاة ، هل يكونون في حضور الولائم مندوبين اليها كغيرهم ؟ على ثلاثة أوجه : أحدها ـ إنهم مندوبون الى حضورها كغيرهم ، لعموم ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : مَن لم يُجب الداعي فقد عصى أبا القاسم . والوجه الثاني ـ انهم لاختصاصهم بمصالح المسلمين ، سقط عنهم فرض الاجابة ، بخلاف غيرهم . ولذلك قال الشافعي : « ولا أحب أن يتخلف عن الوليمة » وأخرجه مخرج الاستحباب دون الوجوب ، لأن أمره عليه السلام ، يحتمل العموم ويحتمل الخصوص ، فيما عدا الولاة . والوجه الثالث ـ انه ان كان مرتزقاً لم يحضر ، لأنه أجير للمسلمين ، فلم يجز أن يفوت عليهم حقهم من زمانه . وان كان متطوعاً غير مرتزق حضر. وكان كغيره من الناس . فتكون الاجابة على الوجه الأول فرضاً يأثم تركه ، وعلى الوجه الثاني مستحبة يكره له تركها ولا يأثم بها ، وعلى الوجه الثالث مفصلة باعتبار حاله في الارتزاق والتطوع »

(٣) لا يذهب القاضي الى ضيافة أحد الخصمين :

نصت المادة ١٧٩٧ من مجلة الأحكام العدلية على أنه : « لا يذهب القاضي الى ضيافة أحد الخصمين » . وقال الاستاذ علي حيدر في شرح هذه المادة[٢] :

« لا يذهب القاضي الى ضيافة أحد الخصمين العامة أو الخاصة ، لأن تلك الضيافة وقد أدبت للقاضي ، وليس للقاضي أن ينتفع بأموال الناس بلا بدل . كما أن ذهاب القاضي الى ضيافة أحد الخصمين تؤذي الخصم الآخر ، وتكون سبباً للإرتياب في القاضي .

« ويفهم من منع الضيافة بصورة مطلقة ، أن المنع عام سواء كانت ضيافة المتخاصمين عامة أو خاصة ، وسواء كان بين القاضي وأحد الخصمين قرابة أو كانت الكلفة مرفوعة بينهما .

وللقاضي أن يذهب الى ضيافة غير المتخاصمين إذا كانت عامة ، لأنه ليس فيها تهمة وفي الحديث الشريف « أجيبوا الداعي ». وبذلك يكون قيد المتخاصمين قيداً احترازياً . أما إذا كانت الضيافة خاصة ، فلا يذهب القاضي لأنها تكون ضيافة للقاضي ، وبهذا الاعتبار لا تكون كلمة « متخاصمين » قيداً احترازياً .

---

(١) الماوردي : أدب القاضي جـ ١ رقم ٣٧٤ حتى ٣٧٨ ص ٢٤١ حتى ٢٤٣ .

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، المرجع السابق ، ص ٥٣٨ و ٥٣٩ .

« وتكون الضيافة عامة إذا كان يُعلم أن المضيف لا يترك الضيافة مع علمه بعدم حضور القاضي ، وإلاّ فتكون الضيافة خاصة . أما عند بعض العلماء ، فإن ضيافة الوليمة والختان فهي عامة ، وما عداها فهي خاصة . وقد قال البعض أن للقاضي أن يجيب دعوة اثنين :

أولاً ـ له أن يجيب دعوة محرمه ذي الرحم . فعليه إذا كانت بين القاضي والمضيف قرابة ، فللقاضي أن يجيب الدعوة بلا خلاف ، لأن في هذه الإجابة صلة رحم شرط أن لا يكون المضيف أحد المتخاصمين .

ثانياً ـ للقاضي أن يجيب الضيافة الخاصة لمن اعتاد تضييفه قبل أن يتولى القضاء شرط أن لا يكون للمضيف قضية عند القاضي . أما إذا كان المضيف اعتاد تضييف القاضي قبل توليته القضاء في الشهر مرة ، فدعاه بعد تولي القضاء في الاسبوع مرة فلا يجيب الدعوة ، كما لا يجيب الدعوة إذا أحضر طعاماً في الضيافة أكثر من معتاده ما لم يكن قد تزايد مال المضيف » .

(٤) لا يدخل القاضي أحد الخصمين الى بيته :

يقول الشافعي[1] انه لا ينبغي للقاضي أن يضيف الخصم دون صاحبه . فإذا أمسى الخصمان عند القاضي ، أو كانا غريبين ، لم يجز أن يضيف أحدهما دون الآخر ، لما فيه من ظهور المايلة .

وروي أن رجلاً نزل بعليّ بن أبي طالب ، فقال له الامام علي : ألك خصم ؟ قال : نعم . قال : تحوّل عنا ، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول : لا تضيفوا أحد الخصمين إلاّ ومعه خصمه . فلذلك لم يجز أن يضيف أحدهما ، وقيل له : أما تضيفهما معاً ، أو تصرفهما معاً .

وقد نصت المادة ١٧٩٨ من مجلة الأحكام العدلية أنه : « يجب على القاضي أن لا يعمل أعمالاً تسبب التهمة وسوء الظن كقبوله دخول أحد الطرفين الى بيته . . » .

وجاء في شرح هذه المادة[2] : انه يجب على القاضي أن لا يعمل أعمالاً تسبب التهمة وسوء الظن ، كقبوله دخول أحد الطرفين الى بيته . . . لأنه يوجد في ذلك ميلاً لأحد الطرفين وجوراً على الطرف الآخر . فيجب على القاضي الاحتراز من ذلك ، لأنه بذلك يسبب انكسار قلب الخصم الآخر ، إذ أن المدعي إذا رأى ميل القاضي الى خصمه يحمله ذلك على ترك دعواه ويوجب ذلك ضياع حقه .

---

(١) الماوردي : أدب القاضي جـ٢ رقم ٣٠٣٣ حتى ٣٠٣٦ ص ٢٦٤ و٢٦٥
(٢) الاستاذ علي حيدر : المرجع السابق ص ٥٣٩

إلّا أنه للقاضي أن يزور الأشخاص الذين ليس لهم عنده قضـايا وأن يقبلهم في بيته في شأن مصالحهم الأخرى .

(٥) عيادة القاضي للمرضى وحضوره الجنائز :

يقول الشافعي[1] : ويعود المرضى ، ويشهد الجنائز ، ويأتي مقدم الغائب . وهذا صحيح . وهذه قرب يندب اليها جميع الناس ، فكان الولاة فيها كغيرهم . لأن المقصود بها طاعة الله ، وطاعة رسوله ، وطلب ثوابه . وروي عن النبي أنه قال : عائد المريض في مخرف (أي بستان من النخيل) من مخارف الجنة حتى يرجع . وعاد الرسول سعد بن أبي وقاص وجابراً بن عبد الله في مرضهما . وعاد غلاماً يهودياً في جواره ، وعرض عليه الاسلام فأجاب . ويجوز للقاضي في العيادة وشهود الجنازة أن يعم ويخص ، بخلاف الولائم التي يعم بها ولا يخص .

(٦) يمنع القاضي من قبول الهدايا :

قال الشافعي[2] : ولا يقبل منه هدية ، وان كان يهدي اليه قبل ذلك ، حتى تنفذ خصومته . ينبغي لكل ذي ولاية أن يتنزه عن قبول هدايا أهـل عمله . . . وروي عن النبي أنه استعمل رجلاً من بني الأسد على الصدقة ، فلما قدم قال : هذا لكم ، وهذا أهدي لي . فقام النبي ﷺ على المنبر وقال : ما بـال العامـل نبعثه عـلى بعض أعمالنـا فيقول : هذا لكم ، وهذا أهدي لي ؟ ألا جلس في بيت أبيه أو أمه فينظر يُهدى اليه أم لا ؟ والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منها شيئاً إلّا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته . .

وقد عقد البعض[3] فصلاً خاصاً سماه « مهاداة قضاة الأحكام » جاء فيه :

« وأما قضاة الأحكـام ، فالهـدايا في حقهم أغلظ مـأثماً ، وأشـد تحريمـاً ، لأنهم مندوبون لحفظ الحقوق على أهلها دون أخذها . . . وقد روي عن النبي قـال : « لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم » فخص الحكم بالذكر لاختصاصه بالتغليظ .

« وينقسم حال القاضي في الهدية على ثلاثة أقسام :

ـ أحدهـا : أن تكون الهدية في عمله ، من أهل عمله ، فللمهدي ثلاثة أحوال . إحداها ـ أن يكون ممن لم يهاده قبل الولاية ، فلا يجوز أن يقبل هديته ، سواء كان له في حال الهدية محاكمة أو لم يكن ، لأنه معرض لأن يحاكَم أو يحاكِم ، وهي من المتحاكمين رشوة محرمة ومن غيرهم هدية محظورة . والحالة الثانية ـ أن يكون ممن يهاديه قبل الولاية لرحم أو مودة له في الحال محاكمة ، فلا يحل له قبول هديته ، لأن قبولها ممايلة . والحال الثالثة ـ أن يكون ممن يهاديه قبل الولاية ، وليس له محاكمة فينظر : فإن كانت من غـير

(١) ذكر ذلك : الماوردي ، أدب القاضي جـ ١ رقم ٣٧٩ ص ٢٤٥

(٢) ذكر ذلك : الماوردي في أدب القاضي جـ ٢ رقم ٣٠٣٧ ص ٢٦٤ .

(٣) الماوردي : أدب القاضي جـ ٢ رقم ٣٠٩٠ ص ٢٧٩ وما بعدها .

جنس هداياه المتقدمة ، لأن كان يهاديه بالطعام فصار يهاديه بالثياب ، لم يجز أن يقبلها لأن الزيادة هدية بالولاية . وان كانت من جنس ما يهاديه قبل الولاية : ففي جواز قبولها وجهان : أحدهما يجوز أن يقبلها لخروجها عن سبب الولاية ، والوجه الثاني لا يجوز أن يقبلها لجواز أن تحدث له محاكمة ينسب بها الى المايلة .

ـ والقسم الثاني: أن تكون الهدية في عمله من غير أهل عمله، فلمهديها ثلاثة أحوال : إحداها ـ أن يكون قد دخل بها الى عمله ، فقد صار بالدخول بها من أهل عمله فلا يجوز أن يقبلها ، سواء كانت له محاكمة أو لم تكن لجواز أن تحدث له محاكمة . والحال الثانية ـ أن لا يدخل بها المهدي ويرسلها وله محاكمة ، وهو فيها طالب أو مطلوب، فهي رشوة محرمة . والحال الثالثة ـ أن يرسلها ولا يدخل بها ، وليس له محاكمة . ففي جواز قبولها وجهان : أحدهما لا يجوز لما يلزمه من النزاهة ، والثاني ، يجوز لوضع الهدية على الإباحة .

ـ والقسم الثالث : أن تكون الهدية في غير عمله ومن غير أهل عمله لسفره عن عمله ، فنزاهته عنها أولى به من قبولها ليحفظ صيانته ، فإن قبلها جاز ولم يمنع منها .

فأما نزوله ضيفاً على غيره ، فإن كان في عمله لم يجز وان كان في غير عمله جاز . ولا يكره إن كان عابر سبيل ، ويكره إن كان مقيماً » .

ولأجل ضمان النزاهة ، استحسن السرخسي أن يُقلد الامام القضاء من له ثروة ، لكي لا يطمع في أموال الناس . وهذا ما كان عمر قد أوصى به أبا موسى الأشعري ، حيث كتب له : « لا تستقضينّ إلاّ ذا مال وذا حسب . فإن ذا المال لا يرغب في أموال الناس . وإن ذا الحسب لا يخشى العواقب بين الناس »[1] .

(٧) لا يبدي القاضي رأيه فيما ينظر أمامه :

ذهب بعض الفقهاء من أصحاب ابن حنبل والشافعي الى أنه يكره للقاضي أن يفتي في مسائل الأحكام المتعلقة به ، لأنه قد يعرض عليه الموضوع في خصومة قضائية فيكون هذا إبداء رأي منه في المسألة ، ولأنه قد يتغير رأيه وقت الحكم ويهديه اجتهاده الى غير ما أفتى به ، أو تظهر له أمور في مجلس القضاء لم تظهر له عند الافتاء . فإن أصر على فتياه والحكم بموجبها ، حكم بخلاف ما يعتقد صحته ، وإن حكم بخلافها تطرق الشك الى نفس الخصم .

وقد روي عن القاضي شريح أنه ، حينما كان يُستفتى فيما يصح أن يُنظر أمام القضاء ، يقول: « أنا أقضي لكم ولا أفتي »[2] .

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٧٥ ؛ وكيع : أخبار القضاة جـ ١ ص ٧٦ ـ ٧٧ .

(٢) ابن قيم الجوزية : إعلام الموقعين جـ ٤ ص ٢٢٠ .

وذكر البعض(١) ان بعض فقهاء المذهب المالكي قال : « يُكره للقاضي أن يفتي في خصومة وان لم تقع » .

وتنص المادة ١٢٠ فقرتها ٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد على أنه : « يجوز للخصوم أو لأحدهم طلب رد القاضي . . إذا كان قد أبدى رأياً في الدعوى بالذات ولو كان ذلك قبل تعيينه في القضاء . ولا يصح اثبات هذا الأمر إلّا بدليل خطي أو بإقرار القاضي » .

وتنص المادة ١٢١ من ذات القانون على أنه يجب على القاضي أن يعرض تنحيه من تلقاء نفسه في الحالة السابقة .

(٨) بيت القاضي :

كان القضاة يسكنون حيث تيسر لهم ، في البلد الذي تقلدوا القضاء فيه . فلما ازداد العمران ، واتسعت المدن ، رأى بعض الفقهاء أن يضعوا قواعد لسكن القاضي . من ذلك ما قاله البعض(٢) من أن القاضي : « يختار أن يسكن في وسط البلد ، ليقرب على جميع أهله » .

وعرف كثير من القضاة بالتقشف والزهد في بيوتهم ، فقد روى(٣) انه : لما عزل يحيى بن معمر عن القضاء بقرطبة ، بعث اليه أحد الوزراء فدخل الى بيت القاضي ، فإذا به ليس فيه إلّا حصير ، وخابية بدقيق ، وصفحة ، وقلة للماء ، وقدح ، وسرير كان يرقد عليه .

وربما تنعم القاضي في بيته أو في مجلس قضائه أو فيهما معاً . قال وكيع في أخبار القضاة(٤) : « كان عيسى ابن ابان متنعماً جداً ، لقد رأيته يحكم في منزله بالبصرة ، وهو على فرش طبري ، متساند الى وسائد طبري ، وعليه قميص ورداء قصب ، وبين يديه الريحان » . وقال عنه : « كان عيسى سخياً عفيفاً ، وليَ القضاء عشر سنين ، وكان ذا مال قبل ولايته ، فمات وما ورث ولده شيئاً » .

(٩) لباس القاضي ومركبه :

لم يكن للقضاة ، قبل قاضي القضاة أبي يوسف ، لباس خاص ، وإنما كانوا يلبسون ما يلبس الناس ، أو ما يشاؤ ون من الألبسة المألوفة في عصرهم وبلدانهم ، حتى كان أبو يوسف قاضياً للقضاة ، في القرن الثاني الهجري ، وقد تولى القضاء سنة ١٦٦ هـ / ٧٨٢ م ، فابتدع لباساً للقضاة . فقد قال ابن خلكان في وفيات الأعيان(٥) : انه

(١) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٦٠ و ٦١ .
(٢) الماوردي : أدب القاضي جـ١ رقم ٢٣٩ ص ١٩٤ .
(٣) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٢٣٤ .
(٤) جـ٢ ص ١٧٢ و ١٧١ .
(٥) جزء ٢ ص ٤٠١ كما ذكر ذلك الأستاذ ظافر القاسمي ص ٢٣٥ .

أول من غيّر لباس العلماء الى هذه الهيئة التي هم عليها في هذا الزمان . وكان ملبوس الناس قبل ذلك شيئاً واحداً لا يتميز أحد عن أحد بلباسه . وكلمة العلماء هنا تعنى ـ فيما يبدو ـ القضاة خاصة، أو رجال العلم ومنهم القضاة بالضرورة. وقد قال وكيع بسنده[1] : « كنت واقفاً بباب الرشيد ، والى جانبي أبو البختري القاضي ، فيخرج خادم الرشيد ، فقال : أبا البختري ، فأجابه . فقال : يقول لك أمير المؤمنين : هات طويلتك . فأخذها ، وأدخلها ، ثم أخرجها ، وقد قطع منها أربعة أصابع . قال : يقول لك أمير المؤمنين : لا تَعْتَد في زيك » .

وذكر محقق الكتاب في الحاشية[2] : « الطويلة : قلنسوة طويلة عالية ، وكان هذا النوع خاصاً بالأمراء والقضاة ، كما تدل على ذلك عبارة البيهقي في كتاب : المحاسن والمساوىء . وفي كتاب التاج للجاحظ : كان الحجاج بن يوسف إذا وضع على رأسه طويلة ، لم يجترىء أحد من خلق الله أن يدخل وعلى رأسه مثلها » .

وفي خبر الحسن البصري ، وهو أسبق من أبي يوسف (٢١ ـ ١١٠ هـ) ، قال وكيع[3] : « رأيت الحسن ، وهو يقضي بين الناس في خلافة عمر بن عبد العزيز . . . وعليه عمامة سوداء ، يرسل ذوائبها من ورائه قريباً من شبر ، وقباله يمانيّ مصلّب ، ورداؤه يماني ممشّق ، وهو يَصْفر لحيته : وبيده قضيب فوق الشبر ودون الزراع ، يتخصر به » .

وفي خبر شريح قال وكيع[4] : « رأيت علي بن أبي أوفى وشريحاً على ذا برنس ، وعلى ذا ثوب من خز » .

وأما الماوردي فقد ذكر عن ملبس القضاة[5] :

« فأما اللباس ، فينبغي أن يختص بأنظفها ملبساً ، ويخص يوم نظره بأفخر لباسه جنساً ، ويستكمل ما جرت به العادة بلبسه ، من العمامة والطيلسان ، وأن يتميز بما جرت به عادة القضاة من : القلانس ، والعمائم السود ، والطيالسة السود . فقد أعتم رسول الله ﷺ ، يوم دخول مكة عام الفتح ، بعمامة سوداء ، تميز بها عن غيره . ويكون نظيف الجسد ، بأخذ شعره ، وتقليم ظفره ، وإزالة الرائحة المكروهة من بدنه . ويستعمل من الطيب ما يخفي لونه ، وتظهر رائحته ، إلاّ أن يكون يوم ينظر فيه بين النساء ، فلا يستعمل من الطيب ما نمّ » . وأما القلقشندي فقد ذكر في صبح الأعشى

(١) اخبار القضاة جـ ١ ص ٢٤٧ .

(٢) وكيع . اخبار القضاة جـ ١ ص ٢٤٧ في الحاشية أسفل الصفحة .

(٣) أخبار القضاة جـ ٢ ص ١٤ .

(٤) اخبار القضاة جـ ٢ ص ٢١٧ .

(٥) أدب القاضي جـ ٢ رقم ٢٦٤٣ ص ٢٤٢ و ٢٤٣ .

عن ملبوس القضاة[1] :

« ويختلف ذلك باختلاف مراتبهم : فالقضاة والعلماء منهم يلبسون العمائم من الشاشات الكبار للغاية . . ومنهم من يجعل . . . الطيلسان الفائق ، ويلبس فوق ثيابه دلفاً متسع الأكمام ، طويلها ، مفتوحاً فوق كتفيه بغير تفريج ، سابلاً على قدميه . ويتميز قضاة القضاة : الشافعي والحنفي ، بلبس طرحة تستر عمامته ، وتنسدل على ظهره . . ومَنْ دون هذه منهم تكون عمامته ألطف ، ويلبس بدل الدلف فرجية مفرجة من قدّامه من أعلاها الى أسفلها ، مزرّرة بالأزرار . . . وإن كان شتاء كان الفوقاني من ملبوسهم من الصوف الأبيض الملطي ، ولا يلبسون الملون إلاّ في بيوتهم . . . ويلبسون الخفاف من الأديم الطائفي بغير مهاميز » .

مركبه : وأما عن مركب القضاة ، فقد كانوا يركبون البغال الفارهة ، المزينة بالذهب والفضة أحياناً[2] . فقد ذكر عن بعض القضاة أنه : كان مركبه بغلة مسرجة بلجام فضي مذهّب .

وجاء في كتاب الولاة والقضاة للكندي[3] ما يفيد أنه كان للقاضي موظف خاص يهتم ببغلته يدعى « الركابي » أي الذي يعينه على ركوب البغلة ويرافقه في تنقله ، وهو كسائق السيارة في زماننا .

(١٠) مشي القضاة :

ذكر البعض[4] أن القاضي أبي الحسن مختار الرعيني، وكان ذا وقار وسكون ، استدعي يوما من قبل الملك عندما كان في مجلس حكمه ، فجاء القاضي يمشي مشية قاضٍ قليلاً قليلاً ، فاستعجله رسول الملك فلم يُعجِّل . فلما دخل على الملك قال له الحاجب : يا فقيه ، ما هذا البطء ؟ فتأخر القاضي الى باب المجلس ، وطلب عصا ، وشمّر ثيابه . فقال له الملك : ما هذا ؟ فقال القاضي : هذا يَليق باستعجال الحاجب لي . . . فضحك الملك زهير ولم يعد الى استعجاله .

٣٢ ـ (ثامناً) ـ سيرة بعض أعلام القضاة المسلمين :

إن اعلام القضاة في الاسلام يعدون بالمئات إن لم نقل بالألوف ، ولا مجال لحصرهم أو تعدادهم لكثرتهم . وقد وضع العلماء والمؤرخون ، الأقدمون والمحدثون ، عدداً من الكتب والمصنفات القيمة التي تتناول سيرة أولئك الأعلام وروائع مواقفهم

---

(١) جزء ٤ ص ٤١ ذكره الأستاذ ظافر القاسمي ص ٢٣٩ .

(٢) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٢٣٨ .

(٣) ص ٦٠٢ .

(٤) الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٢٤١

العادلة . لذلك سنقتصر هنا على ذكر بعض أعلام القضاة ممن اعتبرهم البعض[1] أصحاب اجتهاد في الحق وفي القضاء .

(١) القاضي شريح[2] :

نسبه ومولده : هو شريح بن الحارث ، بن قيس ابن جهم ، بن معاوية ، بن عامر ، بن الرائش ، بن الحرث ، بن معاوية ، بن ثور بن مرتّع الكندي . ويرجع نسبه الى قبيلة كندة . فلذا عرف مختصراً باسم شريح بن الحارث الكندي ، كما عرف بكنيته أبي أمية .

وقد اختلف في تاريخ مولده ووفاته . فقيل انه توفي بين سنة ٧٨ وسنة ٨٧ للهجرة ، أي سنة ٦٩٧ ـ ٧٠٥ للميلاد . وقد عمر طويلاً ، فقيل انه عاش بين مائة سنة ومائة وعشرين . وكان شريح الكندي عالماً ، ومحدّثاً ، وأديباً وشاعراً ، وفقيهاً وقاضياً نزيهاً .

توليته القضاء : ولا ريب في أن أبرز صفات شريح كانت نزاهته وعدله في القضاء والفتيا . فكان ، بعبارة ابن خلكان : « أعلم الناس بالقضاء ، ذا فطنة وذكاء ، ومعرفة وعقل واصابة »[3] . وكان قاضي الكوفة زمن عمر وعثمان وعلي وزمن الخلافة الأموية ، وذلك مدة ٧٥ سنة ، لم يتعطل فيها إلاّ ثلاث سنين زمن فتنة ابن الزبير .

وقد ولي شريح القضاء في الكوفة بعد الصحابي عبد الله بن مسعود . وكان سبب استقضائه تحكيم لعمر بن الخطاب ، وخلاصتها : ان عمر ساوم رجلاً بفرس ، فركبه ليجربه ويطوّعه ، فعطب الفرس ، وقال لصاحبه خذ فرسك . فرفض هذا ، فقال عمر : « اجعل بيني وبينك حَكَماً » . فتحاكما اليه ، فقضى شريح بتضمين عمر ثمن الفرس ، قائلاً : « يا أمير المؤمنين ، خذ بما ابتعت ، أو رد كما أخذته سليماً صحيحاً » . فأعجب عمر بحكمه ، وقال : « وهل القضاء إلاّ هذا ؟ » ، ثم بعثه قاضياً الى الكوفة[4] .

وقد بقي شريح قاضياً في الكوفة أثناء خلافتي عمر وعثمان . ولما قدم الامام علي الكوفة ولّى قضاءها سعيد بن نمران الهمذاني . ثم عزله وولى مكانه عبيدة السلماني ،

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في الحق ـ والمجتهدون في القضاء .

(٢) أخذنا سيرة هذا القاضي من كتاب الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ١٥ حتى ٢٤ واستعرنا عباراته .

يراجع أيضاً : وكيع : أخبار القضاة جـ ٢ ص ١٨٩ حتى ٣٩٨ ؛ والأستاذ خير الدين الزركلي : الاعلام ، قاموس تراجم ، ط ٥ ، مجلد ٣ ص ١٦١

(٣) وفيات الأعيان جـ ١ ص ٢٢٤ .

(٤) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ١٩ و ٢٠ ؛ وكيع : أخبار القضاة جـ ٢ ص ١٨٩ و ١٩٥ .

ثم عزله وولى شريحاً . وشهد الامام له قائلاً : « إنك أقضى العرب أو من أقضى العرب » . وهذه شهادة خبير تصدر عن أقضى الصحابة ، بشهادة النبي في قوله : « أقضاكم علي » .

وقد قعد شريح في بيته ، وامتنع عن القضاء زمن فتنة ابن الزبير . ولكن بعد قتل هذا الأخير ، أعيد شريح على القضاء في فترات متقطعة . ثم لما قدم عبد الملك الى الكوفة استقضى شريحاً . وكان هذا إذا خرج الى البصرة ، يستخلف مسروق بن الأجدع مكانه على قضاء الكوفة .

ثم في أيام الحجاج بن يوسف استعفى شريح من القضاء ، فأعفاه وعيّن مكانه آخر[1] .

مجلس قضائه : كان شريح يقضي في المجلس . ولم يُروَ عنه أنه قضى في بيته ، إلّا يوم عيد الفطر ، أو في يوم مطير . وكان يقول : « إذا رأيتموني أقضي في داري ، فانكروا عقلي »[2] .

وكان لباسه في مجلس القضاء برنساً من خز . وكان له خاتم ، نقش عليه أسد بين شجرتين ، وعبارة : « العلم خير من الظن السوء » .

وكان له جلواز (شرطي) ، اسمه ابراهيم ، كان يقف وراءه ، وبيده سوط . وكان إذا أساء هذا استعماله ، أمر شريح بضربه .

وكان إذا جلس للقضاء ، ينادي منادٍ من جانبه : « يا معشر القوم ، اعلموا أن المظلوم ينتظر النصر ، وان الظالم ينتظر العقوبة . فتقدموا ، رحمكم الله » .

ثم يبدأ محاكماته ، فيسلم على الخصوم ، ويستمع اليهم وإلى بيّناتهم . ثم بعد نهاية المحاكمات ، وإصدار الأحكام فيما يعرض عليه من القضايا ، كان شريح لا يقوم عن مجلسه ، حتى يتأكد من عدم متظلم بدون استماعه . فينادي : « هل من خصم ، أو مستثبت ، أو مستفتي »[3] .

عدله ونزاهته : كان تصرف شريح في مجلس القضاء دليلاً على حياده . وبعبارته ، قال : « ما شددت على عضد خصم ، ولا لقنت خصماً قط » .

---

(1) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٢٠ ؛ وكيع : أخبار القضاة جـ ٢ ص ١٩٥ و ٣٩٦ - ٣٩٨ و ٣٩٢ .

(2) وكيع : أخبار القضاة جـ ٢ ص ٢٢٥ و ٣١٦ .

(3) الدكتور صبحي محمصاني . المجتهدون في القضاء ص ٢١ و ٢٢ ؛ وكيع : أخبار القضاة جـ ٢ ص ٢١٩ و ٢٥١ و٢٨٣ و٣٢٠ و٣٩٢ و ٣٠٧ .

ومن نزاهته وصلابته في اتباع الحق أن ابنه تكفّل برجل ، ففر المكفول . فتقدم المكفول له الى شريح ، فحكم بحبس ابنه ، إنفاذاً لكفالته .

وروي عن جرأة شريح في قول الحق ، أنه تقدم الى قاض لمعاوية في الشام بطلب رجلاً بحق له ، فقال القاضي لشريح : أرى حقك هذا قديماً ـ أي مر عليه الزمن ـ فقال شريح : الحق أقدم منك ومنه[1] .

وكان شريح نزيهاً ، لا يقبل الهدية من الخصوم . ولكنه كان يقبل الهدية من غيرهم ، ويثبت عليها بأن يرد معها شيئاً . وهذا موافق لعمل النبي ، لما فيه من التواصل بين الناس ، وموافق لحديثه الشريف : « تهادوا تحابوا » .

وقد اشتهر شريح بحياده السياسي ، وعدم انغماسه في تحزباتها ومنازعاتها . وهذا من الصفات الأساسية ، التي ينبغي للقاضي أن يتحلى بها في كل زمان ومكان . ففي الفتنة التي كانت على عهد ابن الزبير . لبث هذا القاضي تسع سنين : « لا يُخبر ولا يستخبر » . وكان يقول : « ما سألت فيها ، ولا أخبرت »[2] .

وقد اتصف شريح كذلك بتواضع العلماء . فكان الى علو كعبه في الفقه ، والى وجاهته في القضاء ، يقر بجواز وقوعه في الخطأ . فقد روي عنه أن رجلاً ، كان قد حكم عليه ، التقاه وعاتبه على حكمه . فقال له : « لئن رأيت أني لا أخطىء ، لبئس ما رأيت » . وكذلك كان يعتبر أن نصف الناس عليه غضاب ، فيقول : « من قضيت عليه فهو غضبان »[3] ، وذلك مصداقاً لقول الشاعر :

« ان نصف الناس أعداء لمن وَلِيَ الأحكام هذا ان عدل »

(٢) القاضي ابن شبرمة[4] :

نسبه ومولده : هو عبد الله بن شبرمة الضبي ، ينتسب الى عمر بن شبرمة بن الطفيل بن حسان من بني ضبة .

وهو من أهالي الكوفة . توفي سنة ١٤٤ هجرية (٧٦١ ميلادية) وهو ابن ست وثمانين سنة . وكان ابن شبرمة ورعاً ، ومشهوراً بحسن الخلق . فقد قيل له مرة أن يرتفع في المجلس الى الصدر ، فقال : « حيث قعدت فأنا صدر »[5] . وهو قول يوافق السنة النبوية الفعلية ، إذ روي عن النبي أنه كان يجلس حيث انتهى به المجلس .

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٢٢ ؛ وكيع : أخبار القضاة جـ ٢ ص ٣٠٨ و ٢٢٢

(٢) الدكتور صبحي محمصاني : ذات المرجع ص ٢٣ .

(٣) وكيع : أخبار القضاة جـ ٢ ص ٢١٢ و ٢٤١ ؛ الدكتور صبحي محمصاني المجتهدون في القضاء ص ٢٤

(٤) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٢٥ وما بعدها ؛ وكيع : أخبار القضاة جـ ٣ ص ٣٦ حتى ١٢٩ .

(٥) وكيع . أخبار القضاة جـ ٣ ص ١١٩

وكان نزيهاً ، كريماً ، جوّاداً . وروي أنه لم يترك عند وفاته ، إلاّ متاعاً بيع بسبعة عشر درهماً . وكان ابن شبرمة من علماء عصره . فكان شاعراً ، ومحدثاً ، وقاضياً ، وفقيهاً[1] .

توليته القضاء : تولى ابن شبرمة قضاء الكوفة أيام أبي جعفر المنصور العباسي . فقد استعمله يوسف بن عمر الثقفي على القضاء . ثم بعثه الى سجستان ، وولّى ابن أبي ليلى مكانه . ولما قدم من سجستان ولاّه عيسى بن موسى ولاية المظالم في الكوفة .

وعرض عليه ابن هبيرة ، ثم عيسى بن موسى ، أن يلي منصب صاحب الشرطة في الكوفة . فأبى ، رغم الحاحهما .

عدله وقضاؤه: كان ابن شبرمة عالماً بأقضية السلف . فقد روى كثيراً عن القاضي شريح ، وعن الشعبي . وتأثر بتلك الأقضية في أحكامه القضائية .

وقد اشتهر بالنزاهة في قضائه . ويذكر عنه صديقه مغيرة أنه لما ولي القضاء ، قال له : « لا تكلمني في شيء من أمر القضاء » . وهذا دليل تورعه عن قبول الشفاعات ، أو التأثر بمداخلة الأصدقاء .

وقد روي عنه كذلك أنه كان مستقلاً في قضائه ، جريئاً في أحكامه . فقد قضى مرة على أحد القواد ، وقال له : « إياك والله ، لئن هربت ، لأتبعنك القضاء » . وقال لخصمه : « خذ منه كفيلاً أو وكيلاً » .

والقضاة المسلمون لا يفرقون في العدالة بين مسلم وغير مسلم . فقد روي عن ابن شبرمة انه كان يختصم اليه النصارى في الخمر ، فيحكم بينهم ، على الرغم من تحريم الخمر عند المسلمين . وهذا موافق للآية الكريمة : « فإن جاؤوك فاحكم بينهم . . . وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط ان الله يحب المقسطين » .

وقد روي عن ابن شبرمة ، إذا حضر المدعى عليه جلسة المحاكمة ثم تغيب ، روي قوله : « أحكم على الغائب كما أحكم على الحاضر » . « ومن سمعت حجته مرة ، ثم هرب ، اتبعته القضاء »[2] . وهذا يقابل في زماننا المحاكمة الغيابية والغيابية بمثابة الوجاهي .

اجتهاده : اجتهاد القاضي ضروري ومطلوب في القضاء . وقد سئل ابن شبرمة عن القاضي يرى الشيء ، فيستشير فيه عشرة من العلماء فأجاب : « يقضي برأيه فيخطىء أعذر له عند الله من أن يخطىء برأيهم » . وبعبارة أخرى ، إن على القاضي أن يقتنع هو باجتهاده أولاً ، فيكون رأيه ثم يحكم وفاقاً لقناعته .

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني · ذات المرجع ص ٢٥ و ٢٦ .

(٢) الدكتور صبحي محمصاني · المجتهدون في القضاء ص ٢٧ و ٣٧ و ٣٩ و ٤٦

وروي عنه أيضاً تمسكه بالقرآن والسنة ، ثم قوله بالاجتهاد بطريق القياس . فقد نظم ذلك في الأبيات الآتية :

ما في القضاء شفاعة لمخاصم ... عند اللبيب ولا الفقيه الحاكم
أهون علي ما قد قضيت بسنة ... أو بالكتاب برغم أنف الراغم
وقضيت فيما لم أجد أثراً به ... بنظائر معروفة ومعالم

وقال أيضاً :

أقضي بما فيه كتاب الله مفترضاً ... وبالنظائر أقضي والمقاييس(١)

(٣) القاضي ابن أبي ليلى(٢) :

نسبه ومولده : هو محمد بن الرحمن بن أبي ليلى . وأبو ليلى هو أبو عيسى ، يسار ابن بلال بن أحيحة الجُلاح الأنصاري الكوفي . ويرجع أصل نسب أسرته الى اليمن والى جماعة أنصار النبي .

ولد ابن أبي ليلى سنة ٧٤ هجرية (٦٩٣ ميلادية) ، واختلف في تاريخ وفاته . والأرجح أنه توفي سنة ١٤٨ هجرية (٧٦٥ ميلادية) .

وقد عاصر ابن أبي ليلى الأمامين أبا حنيفة وابن شبرمة . وكان له معهما مجا ...ت ومخاصمات(٣) . وكان من علماء عصره ، ومن فقهاء أهل الرأي . ولكنه كان ... الثقة في رواية الحديث ، وذلك بسبب سوء حفظه وضعف ذاكرته .

توليته القضاء : ولي ابن أبي ليلى القضاء في الخلافتين الأموية والعباسية ، مدة ثلاث وثلاثين سنة .

فأول ولايته كانت على قضاء الكوفة ، في خلافة الوليد بن يزيد الأموي ، في زمن يوسف بن عمر الثقفي . فقد دعاه هذا الأخير ، وسأله : « ما رأيك في القضاء ؟ » ، فأجابه : « أعمل برأيي » . فقال الثقفي : « قد وليتك قضاء الكوفة ، وأجريت عليك مائتي درهم . واقعد بالغداة والعشي ، إلّا أن يستغنوا . وقال له : « إنما أنت أجير المسلمين » .

ثم ولي ابن أبي ليلى قضاء البصرة ، في خلافة أبي جعفر المنصور العباسي . وبقي في هذا المنصب حتى وفاته (٤) .

---

(١) وكيع : أخبار القضاة جـ٣ ص ٨٦ و ٩٦ - ٩٧ و٩٢

(٢) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٣٠ حتى ٣٢ ؛ وكيع : أخبار القضاة جـ ٣ ص ١٢٩ حتى ١٤٨ ؛ الزركلي : الاعلام مجلد ٦ ص ١٨٩ .

(٣) وكان سيء الخلق ، لا يخرج الى مجلس الحكم حتى يتغدى ويشرب ثلاثة أقداح من النبيذ (محمصاني : ذات المرجع ص ٣١ ؛ وكيع : أخبار القضاة جـ ٣ ص ١٣٤) .

(٤) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٣٢ .

اجتهاده في القضاء : من المبادىء الشرعية انه إذا حكم قاض في قضية ما ، فليس لمن يأتي بعده أن ينقض حكمه ، عملاً بما يسمى اليوم بقوة القضية المحكوم بها . ولذا ، إذا ادعى أحد الخصوم أنه قد سبقت رؤية الدعوى وحكم فيها ، امتنع القاضي عن تكرار سماع ذات الدعوى . وقد اشترط ابن أبي ليلى ثبوت ذلك ، إما بالحجة المدونة في ديوان القاضي والمكتوبة بخطه وتحت ختمه ، وإما بشهادة شاهدين على ذلك[١] .

ومن المعروف اليوم في القوانين الحديثة أن القاضي لا يقضي بعلمه مطلقاً ، لا فيما علمه قبل توليه القضاء ولا بعدها ، لا في القضايا الجزائية ولا في غيرها . وهذه القاعدة كان يأخذ بها منذ القديم القاضي ابن أبي ليلى ، فقد روي عنه قوله ان القاضي لا يحكم بعلمه في شيء أصلاً : « لأن انتفاء التهمة شرط في القضاء »[٢] .

وكذلك عرف ابن أبي ليلى قاعدة « مؤاخذة المرء بإقراره » وعدم جواز الرجوع عن الاقرار . لذلك لم يقبل الرجوع عن الاقرار حتى في قضايا الحدود الجزائية ، ولكنه اشترط أن يحصل الاقرار بحضور الحاكم . وذلك خلافاً للامام أبي حنيفة ، الذي جوز قبول البينة على الإقرار خارج مجلس القضاء .

واشترط أن يكون الإقرار صريحاً وكاملاً[٣] ، كما هو معروف اليوم في المبادىء الأساسية للمحاكمات .

وفي خصوص التحقق من صدق الشاهد ، روي عنه أنه كان يسأل عن الشاهد حتى يعرف عدله ولو لم يطعن الخصم فيه ، وكان يحلف الشاهد على صدق شهادته[٤] .

وفي خصوص العمل بكتاب القاضي الى القاضي ـ أما ما يسمى اليوم بالاستنابة القضائية ـ فقد عمل ابن أبي ليلى بذلك ، فكان يدقق في نقش الخاتم على الكتاب . فإذا اقتنع بصحته ، أمضاه دون بينة . فقد ذكر وكيع[٥] عن هشيم قوله : أتيت ابن أبي ليلى بكتاب من أبي شبيبة في حق كان بالشام لنا . فقبل الكتاب مني . ولم يسألني البينة . وكتب لي بحقنا ذلك الى الشام .

(٤) قاضي القضاة أبو يوسف[٦] :

نسبه ومولده وسيرته : أبو يوسف هو يعقوب بن ابراهيم بن حبيب بن سعد

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني : ذات المرجع ص ٤٤ .

(٢) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٤٥ .

(٣) الدكتور صبحي محمصاني : ذات المرجع ص ٤٧ و ٤٨

(٤) الدكتور صبحي محمصاني : ذات المرجع ص ٦١ و ٦٢ .

(٥) أخبار القضاة جـ ٣ ص ١٣٣ .

(٦) وكيع : أخبار القضاة جـ ٣ ص ٢٥٤ حتى ٢٦٤ ؛ الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في الحق ص ٧٦ حتى ١٠٠ ؛ الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٣١٦ حتى ٣٢٦ ؛ الأستاذ خير الدين الزركلي . الاعلام مجلد ٨ ص ١٩٣ .

الأنصاري ، من أهل الكوفة . ولد سنة ١١٣ هجرية (٧٣١ ميلاديه) ، وتوفي سنة ١٨٢ هجرية (٧٩٨ ميلادية) .

وكان عالماً كبيراً ، مجاهداً في العلم منذ طفولته ، شغوفاً به وداعياً له . فقد روي عنه أنه قال :

« العلم شيء لا يعطيك بعضه حتى تعطيه كلك »

وكان فقيهاً حافظاً ، ومن أكثر أهل العراق اتباعاً للحديث . جالس منذ ص سره الامام الأعظم أبا حنيفة ، وجالس القاضي ابن أبي ليلى ، وقال فيهما : « ما كان في الدنيا أحب إليّ من مجلس أجلسه مع أبي حنيفة ، وابن أبي ليلى ، فإني ما رأيت فقيهاً أفقه من أبي حنيفة ، ولا قاضياً خيراً من ابن أبي ليلى » .

وفي الواقع تأثر أبو يوسف بفقه أبي حنيفة كثيراً ، ولازمه وشاركه في تدقيق المسائل وتدوين المذهب ونشره . وخالفه أحياناً في المسألة بعد المسألة من مسائل الأصول والفروع . حتى عدّه البعض مجتهداً مطلقاً . ولكن أبا يوسف حافظ على انتسابه لأبي حنيفة اعترافاً بجميله . وروي عن البعض قوله : « لولا أبو يوسف ما ذكر أبو حنيفة ولا ابن أبي ليلى ، ولكنه هو نشر قولهما وبث علمهما » . وقيل عنه إنه كان يحضر المحدّث ويحفظ خمس وستين حديثاً ، ثم يقوم فيمليها على الناس .

وقيل عن أبي يوسف أيضاً : « انه أفقه أهل عصره ، ولم يتقدمه أحد في زمانه ، وكان النهاية في العلم ، والحكم ، والرياسة ، والقدْر . وهو أول من وضع الكتب في أصول الفقه على مذهب أبي حنيفة ، وأملى المسائل ونشرها ، وبث علم أبي حنيفة في أقطار الأرض »[1] .

وروي عن أبي يوسف[2] قوله : « يا قوم ، أريدوا بفعلكم الله ، فإني لم أجلس مجلساً قط أنوي فيه أن أتواضع ، إلاّ لم أقم حتى أعلوهم . ولم أجلس مجلساً قط أنوي أن أعلوهم ، إلاّ لم أقم حتى أفتضح » .

توليته القضاء : تولى أبو يوسف القضاء سنة ١٦٦ هجرية (٧٨٢ ميلادية) ، وكان له من العمر ثلاث وخمسون سنة ، أي بعد أن بلغ سن النضج الكامل . وكان قد سكن في بغداد ، وتولى القضاء بها لثلاثة من الخلفاء ، وهم المهدي وابنه الهادي ثم هارون الرشيد .

ولم ينفر أبو يوسف من القضاء ، كما نفر منه أبو حنيفة ، ولكن روي عنه قوله قبيل وفاته : « يا ليتني مت على ما كنتُ عليه من الفقر وأني لم أدخل في القضاء ، على أني ما

---

(١) ابن خلكان : وفيات الأعيان حـ ٢ ص ٤٠٠ و ٤٠١ .

(٢) وكيع : أخبار القصاة جـ ٣ ص ٣١٧

تعمدت بحمد الله ونعمته جوراً ولا حابيت خصماً على خصم من سلطان أو سُوقة » .

وروي عنه أنه قال : « اللهم إنك تعلم أني لم أجُرْ في حكم حكمت به بين عبادك متعمداً ، ولقد اجتهدت في الحكم بما يوافق كتابك وسنة نبيك . وكل ما أشكل عليّ جعلت أبا حنيفة بيني وبينك ، وكان عندي والله ممن يعرف أمرك ولا يخرج عن الحق وهو يعلمه »[1] .

عدله وقضاؤه وهيبته :

وعلى الرغم من تأثر أبي يوسف بفقه أبي حنيفة ، فإنه أخذ كذلك بعض أساليب فن القضاء ونهجه عن القاضي ابن أبي ليلى ، الذي أخذها بدوره عن الامام علي بن أبي طالب وعن القاضي شريح . وكان بوجه خاص يعتمد على قضاء الإمام علي ، لا سيما في مسائل الفرائض ، لقول النبي ﷺ : « أقضاكم علي » .

ويعتبر أبو يوسف من أفذاذ القضاة في الاسلام ، وهو أول من دعي بقاضي القضاء وأول من خص العلماء بما هم عليه من لباس خاص فاشتهر في القضاء[2] .

وفي سيرة أبي يوسف الكثير من روائع المواقف ، لما كان عليه القضاة في الاسلام من استقلال في الرأي .

فقد حفظ أبو يوسف لمنصب قاضي القضاة هيبته . فكان يبلغ دار الخلافة راكباً بغلته ، فيُرفع له السِتّر فيدخل على الخليفة وهو راكب ويبدأ الخليفةُ بالسلام[3] .

ومن أمثلة عدله واستقلاليته في القضاء انه وعلى الرغم من أن الرشيد كان يكرمه ، ويجله ، وله حظوة عنده ، فإن أبا يوسف رد شهادة بعض قواد الخليفة الرشيد ولم يقبلها ، فسأله الرشيد في ذلك ، فأجابه أبو يوسف : أنني سمعته يقول أنا عبد الخليفة ، فإن كان صادقاً فلا شهادة لعبد ، وإن كان كاذباً فشهادته مردودة أيضاً لكذبه . وبالغ الخليفة في الجدل فقال له وما شأني أنا كشاهد ، أتقبل شهادتي ؟ فقال أبو يوسف لا ، فعجب الخليفة وسأل عن السبب ، فقال لأنك تتكبر على الخَلْق ولا تحضر صلاة الجمعة مع المسلمين ، وهذا ينافي العدالة التي هي شرط لقبول الشهادة . عندها بنى الرشيد مسجداً في داره وأذن للناس في الصلاة فيه فحضر بذلك صلاة الجماعة .

وتدليلاً على جرأته وعدالته في مجلس القضاء ، فقد روي أبو يوسف عن نفسه أنه جاءه رجل يدعي على الخليفة أن له بستاناً في يد الخليفة ، فأحضر الخليفة الى مجلس القضاء ، وطلب من المدعي البينة على دعواه ، فقال : غصبه المهدي مني ولا بينة لديّ وليَحْلف الخليفة . فقال الخليفة البستان لي اشتراه لي المهدي ولم أجد به عقداً ، فوجه

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في الحق ص ٧٨ - ٧٩ .
(٢) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في الحق ص ٧٧ .
(٣) الأستاذ علي منصور : المرجع السابق ص ٣٢٧ .

القاضي أبو يوسف الى الخليفة اليمين ثلاث مرات ، فلما لم يَحْلف قضى بالبستان للرجل المدعي[1] .

وقد كان أبو يوسف مصراً على قول الحق لا يخشى في الله لومة لائم . فقد طلب منه الخليفة هارون الرشيد أن « يضع كتاباً في جباية الخراج والصدقات والجزية وسائر أمور الدولة المالية والضرائبية ، وغير ذلك مما يجب النظر فيه والعمل به » فقال لأبي يوسف : علمني ، وأرشدني ، واهدني سواءَ السبيل لأرفع الظلم عن الرعية ، ولأحقق الصلاح لأمرهم » فوضع له كتاباً سمّاه كتاب الخراج[2] لم يكتفِ أبو يوسف فيه بذكر الغنائم ، والفيء ، والخراج ، وغير ذلك من الأمور المالية والضريبية ، وإنما تعداها إلى : أهل الدعارة والتلصلص والجنايات وما يجب فيه الحدود ، وحكم المرتدّ عن الاسلام ، وحكم المحاربين والجواسيس مما يدخل اليوم في أحكام قانون العقوبات والقانون الدولي وقواعد الحرب والسلم . فرسم هذا الكتاب السياسة الداخلية والخارجية للدولة الاسلامية .

ففي هذا الكتاب يخاطب أبو يوسف الخليفة الذي ولّاه والذي كان يكرمه ويجلّه ، وكان من أعظم ملوك الأرض ، فيقول له فيما قاله :

فيما فيه ترغيب وترهيب : « إن الله قلّدك أمراً عظيماً : ثوابه أعظم الثواب ، وعقابه أشد العقاب » ، ثم يذكره بأن الله ابتلاه بخلق كثير وولّاه أمرهم ، فيقول : « وليس يلبث البنيان إذا أسس على غير التقوى ، أن يأتيه الله من القواعد فيهدمه على من بناه » .

وفي شأن العمل والاصلاح ، فقال له : « لا تؤخر عمل اليوم الى غد . . . وليس شيء أحب الى الله من الاصلاح ، ولا أبغض اليه من الفساد » .

وفي شأن المساواة والتقوى ، قال له : « واجعل الناس عندك في أمر الله سواء ، القريب والبعيد . ولا تخف في الله لومة لائم ، واحذر فإن الخوف بالقلب وليس باللسان . واتق الله فإنما التقوى بالتوقي ، ومن يتّقِ الله يَقِه » .

وفي شأن العدل وواجبات ولاة الأمر ، فقد أكثر النصح ، وحذّر من الجور ، وذكّر بالمسؤولية ، حيث قال : « إن الرعاة مؤدون الى ربهم ما يؤدي الراعي الى ربه ، فأقم الحق فيما ولّاك الله وقلدك ، ولو ساعة من نهار . وجور الراعي هلاك للرعية ، واستعانته بغير أهل الثقة والخير هلاك للعامة . . . ويجزي الله كل نفس بما كسبت ، إن الله سريع الحساب » .

---

(١) الاستاذ علي منصور : المرجع السابق ص ٣٢٧ .

(٢) انظر في نص هذا الكتاب وشرحه : الاستاذ ظافر القاسمي ، المرجع السابق ص ٣١٧ حتى ٣٢٢ ؛ والدكتور صبحي محمصاني · المجتهدون في الحق ص ٨٢ حتى ٨٥

وفي شأن المحافظة على حقوق الرعية ، قال : « ليس للامام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلّا بحق ثابت معروف »[1] .

وفي شأن التحقق من سيرة الجباة وعدالة جبايتهم ، يقترح عليه : « أنا أرى أن تبعث قوماً من أهل الصلاح والعفاف ممن يوثق بدينه وأمانته ، يسألون عن سيرة العمال وما عملوا به في البلاد ، وكيف جبوا الخراج على ما أمروا به وعلى ما وظف على أهل الخراج واستقر . فإذا ثبت ذلك عندك وصح ، أُخذوا بما استفضلوا من ذلك أشد الأخذ ، حتى يؤدوه بعد العقوبة الموجعة والنكال . . . » .

ثم بمعناه ، أشار أبو يوسف على هارون الرشيد بوجوب أمر القضاه أن يضعوا في بيت مال المسلمين ما يقع في أيديهم من مال الغرباء وليس لذلك طالب ولا وارث ، أو ما وجد مع اللصوص مما ليس له طالب ولا مدع . وهذا كله حرص على مال الرعية ومال الدولة جميعاً[2] .

ولا يجد حرجاً في أن يقول للرشيد : « وقد كتبت لك ما أمرت به فتفقهه ، وتدبره ، ورددْ قراءته حتى تحفظه . . . وأني لأرجو أن يوفر الله خراجك من غير ظلم مسلم ولا معاهد ، ويصلح لك رعيتك ، فإن صلاحهم بإقامة الحدود عليهم ورفع الظلم عنهم والتظلم فيما اشتبه من الحقوق عليهم . . » .

كذلك كان أسلوب أبي يوسف ، قاضي القضاة ، في مخاطبة الخليفة الرشيد : لم يترك باباً من أبواب الترهيب والتحذير إلّا وفتحه على مصراعيه ، وبصّر خليفته في عواقبه . وقد قيل ان الخليفة رحّب بكل ما جاء في الكتاب ، ولم يزد الكتابُ أبا يوسف إلّا رفعة وعلو مقاماً عند أمير المؤمنين[3] .

(٥) أقضى القضاة أبو الحسن الماوردي[4] :

نسبه ومولده وسيرته : هو أبو الحسن ، علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي . والماوردي نسبة الى بيع الماورد (ماء الورد) الذي كان أبوه يعمل به ويبيعه .

ولد في البصرة سنة ٣٦٤ هجرية (٩٧٤ ميلادية) ، وعاش ست وثمانون سنة وتوفي سنة ٤٥٠ هجرية (١٠٥٨ ميلادية) .

وقد رافق عصر الماوردي اضطراب سياسي ، تجلّى بضعف الخلافة بنتيجة

---

(١) روي عن عمر بن عبد العزيز كيف عوّض رحلاً من إفساد زرعه بسبب مرور الجيش عليه (الدكتور صبحي محمصاني ، المجتهدون في الحق ص ٨٣) .

(٢) الدكتور صبحي محمصاني · ذات المرجع ص ٨٤

(٣) الأستاذ طافر القاسمي : المرجع السابق ص ٣٢٦

(٤) مقدمة كتاب أدب القاضي ، المرجع السابق ، جـ ١ ص ١٤ حتى ٨٢ ؛ الدكتور صبحي محمصاني المجتهدون في الحق ص ١٠٦ حتى ١٥٩ ؛ الأستاذ الزركلي : الاعلام مجلد ٤ ص ٣٢٧

استيلاء البويهيين على الحكم في بغداد، وآل حمدان في حلب ودمشق، والفاطميين في مصر . وعلى الرغم من ذلك ، فقد حفلت هذه الفترة بحركة علمية واسعة شملت العلوم المختلفة كالرياضيات والجغرافيا والفلك والطب والصيدلة والجراحة ، والفيزياء والكيمياء ، والفلسفة والكلام ، والفقه ، والتفسير ، واللغة والأدب ، فانعكست آثار هذه الخصوبة الفكرية في نفس الماوردي .

وقد عاش الماوردي حياة مديدة ، كان من خلالها من أعلام الفقه والقضاء والسفارة والتدريس . وكانت شخصيته متعددة الجوانب في آن واحد : فهو سياسي ، وهو قاض ، وهو فقيه ، وهو أصولي ، ومتكلم ، وهو مفسر ، وهومحدّث، وهو مربٍّ، وهو لغوي ، ونحوي ، وهو أديب وشاعر . . .

توليته القضاء ولقبه وفتواه للخليفة : لمنزلة الماوردي العلمية والاجتماعية ولي القضاء ببلدان كثيرة . فتولى رئاسة القضاء في كورة « أستوا » من نواحي نيسابور . وقد لقب سنة ٤٢٩ هجرية بلقب « أقضى القضاة » ، واستمر له هذا اللقب حتى وفاته . وهو لقب ، وإن كان لغوياً اقترن بأفعل التفضيل ، لكنه في الاصطلاح اعتبر أدنى منزلة من لقب قاضي القضاة[١] .

وقد أنكر عليه هذه التسمية بعض الفقهاء كالصيمري وأبي الطيب الطبري ، على حين أنهم أجازوا بنفس السنة تلقيب الخليفة جلال الدولة البويهي بشاهنشاه ، أي ملك الملوك ، اعتباراً بأن معناه ملك ملوك الأرض . أما الماوردي ، فقد أفتى بعدم جواز التلقيب بملك الملوك لاختصاص هذا اللقب بالله وحده ، لأنه لا يقال ملك الملوك إلاّ لله وحده .

وكان الماوردي وقت الفتوى من أخص الناس بالخليفة ، وكان يتردد الى دار المملكة كل يوم ، فلما أفتى بالمنع انقطع ولزم بيته . فاستدعاه الخليفة جلال الدولة ، فحضر خائفاً فأدخله وحده ، وقال له : « قد علم كل أحد أنك من أكثر الفقهاء مالاً ، وجاهاً ، وقرباً منا ، وقد خالفتهم فيما خالف هواي ، ولم تفعل ذلك إلاّ لعدم المحاباة منك واتباع الحق . وقد بان لي موضعك من الدين ومكانك من العلم » .

وفي رواية أخرى : « أنا أتحقق انك لو حابيت أحداً لحابيتني لما بيني وبينك ، وما حملك إلاّ الدين فزاد بذلك محلك عندي ، وجعلت جزاء ذلك اكرامك بأن أدخلتك الي وحدك ، وجعلت اذن الحاضرين اليك ليتحققوا عودي الى ما تحب »[٢] .

ويقول البعض[٣] انه لو قسنا اجتهاد الماوردي بخصوص لقب ملك الملوك الى

(١) مقدمة كتاب أدب القاضي جـ ١ ص ٣٨ ـ ٣٩ ؛ الدكتور محمصاني : المجتهدون في الحق ص ١٠٧ .

(٢) أدب القاضي جـ ١ ص ٤١

(٣) الدكتور صبحي محمصاني . ذات المرجع ص ١٠٧

تلقيبه هو بأقضى القضاة ، لوجب القول بمنعه أيضاً ، لقوله تعالى : « أليس الله بأحكم الحاكمين » . ومعلوم أن أحكم الحاكمين هو أقضى القاضين ، بعبارة كثرة المفسرين .

كتاباه الأحكام السلطانية وأدب القاضي :

كتاب الأحكام السلطانية : وهو الكتاب الذي اشتهر به الماوردي بين المؤرخين المحدثين والمستشرقين ، لأنه تناول مواضيع من الأهمية بحيث لم يكتب أحد من مؤرخي الحضارة الاسلامية إلّا وتعرض لكتابه هذا ونقل عنه . وهو يبحث في القانون العام الاسلامي ، من نواحيه الدستورية والادارية والمالية . وموضوعاته تتعلق بالخلافة أو الامامة الكبرى ، وتقليد الوزارة والامارة على البلاد ، وولاية القضاء والمظالم وأمور الحسبة وكذلك يبحث في بعض أحكام القانون الدولي ، كالامارة على الجهاد ، وتدبير الحرب وترتيب الجيوش ، ومعاملة العدو ، ومسائل أهل الذمة ، والجزية والخراج ، وقسمة الغنائم[1] .

كتاب أدب القاضي : وهو عبارة عن جزئين من كتاب الماوردي « الحاوي الكبير » في الفقه الشافعي . وقد حققه مؤخراً الاستاذ محيي هلال السرحان ، وطبع في بغداد في جزئين كبيرين سنة ١٩٧١ و١٩٧٢[2] .

وكتاب أدب القاضي يبحث ، الى جانب مسائل القضاء والقضاة والمحاكمات ، في بعض أصول الفقه .

وتتجلى أهمية كتاب أدب القاضي للماوردي في ثلاث أمور رئيسية[3] :

أولها : دوره في بناء الفقه القضائي والفقه الشافعي بوجه عام : ١ ـ فقد دوّن الفقه الشافعي ونقله الى الأجيال اللاحقة فحفظ لنا آراء كثير من الفقهاء الذين سبقوه وضاعت كتبهم . كما أنه سجل وثائقي يضم عدد لا يستهان به من الأحاديث والسيرة النبوية وأقوال كثير من الصحابة والتابعين وحوادث استقاها عن طريق الرواية كما يوجد فيه كثير من الأبيات الشعرية استشهد بها لأغراض لغوية أو معنوية . ٢ ـ تعليله للأحكام وبيان أدلتها : إذ يلتمس الأدلة النقلية والعقلية والتعليل . ٣ ـ ترجيحه بين الأقوال والمذاهب . ٤ ـ اجتهاده في الفروع .

ثانيها : أهمية الكتاب في ذاته : إنه أوسع كتاب في الفقه الشافعي في التفصيل والتفريع . فضلاً عن نفاسة الكتاب وكونه تأليف قاض مجتهد من أئمة الشافعية اشتهر اسمه بتشريعاته التي هي محل ثقة الفقهاء ، ثم لكونه احتوى فصلاً بديعاً قيماً في أصول الفقه ، إضافة الى كونه يحوي علوماً متعددة كالتاريخ والحديث والروابة والاجتماع

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في الحق ص ١١١ ـ ١١٢ .

(٢) وطبع على مطابع الارشاد ـ بغداد .

(٣) مقدمة كتاب أدب القاضي ص ٦٧ حتى ٧٩

والأدب ، وغير ذلك

ثالثها : تصويره لحالة القضاء في القرن الخامس الهجري : فكتاب أدب القاضي للماوردي يصور لنا حالة القضاء وتطوره وتشكيلاته الادارية وطرق السير في الدعوى والاحتياطات المأخوذة لديهم .

فبعد أن كانت حالة القضاء في عهد الرسول وعهد خلفائه تميل الى البساطة أصبح يختلف كثيراً عما كان ، وذلك بصورة تدريجية .

فنرى أنه قد أصبح للقضاة من يدير شؤونهم باسم قاضي القضاة ، وان هناك نوعين من القضاء أو النظر ـ كما يسميه الماوردي ـ قضاء عام وله ولاية مشتملة على جميع ما يختص بنظر القضاة من تثبيت الحقوق عند التناكر واستيفائها ، والنظر في العقود من المناكح والبيوع ، والولاية على الأيامي وذوي الحجر ، والحكم بنفقات الأقارب والزوجات ، والنظر في الوقوف والوصايا ، والنظر في الجرح والتعديل ، وإقامة الحدود ، وإمامة الجمع والأعياد . .

وقضاء خاص كأن يفلد النظر في المداينات دون المناكح ، والحكم بالإقرار من غير سماع بينة ، أو في نصاب مقدر من المال ، حتى كان هناك قاض يسمى قاضي المسجد يحكم في مائتي درهم وعشرين ديناراً فما دونها ، أي تحديد سلطة القاضي .

ثم انفصلت ولاية المظالم وولاية الحسبة عن القضاء ، وهناك من يقوم بها ، بل كان هناك من يقوم باستيفاء ما يتعلق بحدود الله وسمّاهم « ولاة المَعَاوِن » الذين يعملون بأمر القاضي .

كما أن للقاضي من المحاضر والسجلات التي تقيد فيها صور الدعاوى والأحكام في ديوان القاضي ، ولهم فيها رسوم وتعليمات ، يعتبر الخروج عليها مظنة للشبهة والتهمة .

وكان للقاضي مبلِّغ بين يديه ، وكاتب ، وقاسم ، وسجّان ، وحاجب ، وشهود معينون وقد أنكر الماوردي ذلك ، وأن له مكاناً خاصاً بارزاً غير المسجد لكراهة القضاء فيه ، وأن له من الملبس ما يتميز به .

ثم إن القضاء تحول تدريجياً من عمل يقوم به الناس حسبة ابتغاء الأجر والثواب الى منصب ووظيفة يتهالك الناس عليها . . . وانه أصبح ذا رزق وفير ولذلك تنافس الناس عليه ، مما جعل الماوردي يعقد بحثاً طويلاً عن أرزاق القضاة . .

ومن الاجتهادات التي قررها الماوردي في القضاء : ذكر الآتي[1] :

١ ـ إن للقاضي أن يحكم على عدوه بخلاف الشهادة عليه ، لأن أسباب الحكم

(١) مقدمة كتاب أدب القاضي جـ ١ ص ٧٩ حتى ٨٢ .

ظاهرة وأسباب العداوة خافية .

٢ ـ إذا خلا بلد عن قاض وخلا العصر عن إمام ، فقلد أهل الاختيار أو بعضهم ـ برضا الباقين ـ واحداً وأمكنهم نصرته وبقوية يده جاز تقليده . ولو انتفى شيء من ذلك ، لم يجز تقليده .

٣ ـ لو عزل القاضي نفسه لم ينعزل إلاّ لعذر وإلاّ ان يوافق الامام .

٤ ـ يجوز للقاضي أن يحكم بغير مذهبه ، وهو أمر لم تتفق عليه آراء الشافعية .

٥ ـ تنعقد ولاية المفضول مع وجود الأفضل في القضاء ، وهي مسألة خلافية بين الفقهاء فيما بعد .

٦ ـ من جملة احتياط الحكام أن لا يكون أصحاب مسائلهم معروفين عن المشهود له والمشهود عليه والشهود والمسؤ ولين .

٧ ـ لو قال الشاهد بعد أداء رفيقه : أشهد مثل ما شهد به ، لم تصح شهادته حتى يستوفيها كالأول ، لأنه موضع أداء لا موضع حكاية (وهو ما يعبر عنه اليوم بمبدأ شفوية الشهادة) .

٨ ـ لو قال القاضي للخصمين : لا أحكم بينكما حتى تجعلا لي كذا رزقاً وهو فقير جاز . ولكن بشروط تسعة منها إذن الامام ، لأن تلك الشروط إنما أباحت عند القائلين بإباحته للضرورة ، وما جاز للضرورة فيقدر بقدرها .

٩ ـ لا يجوز تقليد الأخرس للقضاء . .

١٠ ـ لا يجوز تقليد الأعمى القضاء ، ولو عمي بعد التقليد . . .

١١ ـ الغيبة التي يسوغ الحكم بها على الغائب أن تكون فوق مسافة العدوى ، فيجوز أن يسمع القاضي الدعوى والبينة والحكم .

١٢ ـ لا يثبت امتناع الخصم من الحضور للمحاكمة بلا عذر إلاّ بشاهدين عند الشافعية ، وقيده الماوردي بأنه إذا كان المبعوث هو الخصم فإن كان العون كفى قوله .

١٣ ـ لا تسمع الدعوى بدين مؤجل ، وإن كان به بيّنة ، إذ لا يتعلق بها الزام في الحال (وهذا ما يأخذه به القانون الوضعي في أيامنا) .

١٤ ـ لو ولي القضاء في بلدتين متباعدتين كبغداد والبصرة ، اختار المباشرة في إحداهما .

(ب) نظام مساعدي القضاء في الاسلام :

٣٣ ـ (أولاً) ـ كاتب الجلسة وصفاته :

إن استحداث منصب الكاتب في القضاء الاسلامي كان لاعتبارات أملاها حسن سير هذا الجهاز : فعلى القاضي أن يحسن الاستماع ، والتفكير ، والمقارنة ، والتحليل ،

واستحضار النصوص ، وغير ذلك من الأعمال العقلية ، ومن الانتباه . وعلى الكاتب أن يهتم بتدوين أقوال الطرفين والشهود والقاضي وغيرهم ممن يمكن أن يُستدعى الى القضاء .

والواقع أنه لا يُعرف متى بدأ نظام القضاء الإسلامي بإضافة الكاتب الى القاضي . وكل ما عُثر عليه هو أن أبا موسى الأشعري ، وكان قاضياً لعمر ، كان له كاتب ومن المعلوم أن عمر بن الخطاب تولى الخلافه عام ١٣ هجرية (٥٧٣ ميلادية) وتوفي عام ٢٣ هجرية (٦٤٤ ميلادية) . ففي هذا الوقت المبكر من تاريخ القضاء في الاسلام ، عرف الكاتب الى جانب القاضي[1] . أما الدليل على أنه كان لأبي موسى الأشعري كاتب ، فقد ورد في أخبار القضاة لوكيع[2] انه : « كتب عمر الى أبي موسى : إن كاتِبَكَ الذي كتب إليّ لَحَنَ[3] ، فاضربه سوطاً » . ذلك بأن كاتب أبي موسى كتب الى الخليفة عمر : « من أبو موسى الى عمر » .

أما قبل الخليفة عمر ، فلا يستبعد أن يكون للقضاة كتّاب .

وقد تحدث الإمام الماوردي في كتابه « أدب القاضي » عن « كاتب القاضي » حيث يقول[4] : « قال الشافعي : ولا ينبغي أن يتخذ كاباً ، حتى يجمع أن يكون عدلاً ، عاقلاً ، ويحرص أن يكون فقيهاً ، لا يؤتى من جهالة ، نَزِهاً ، بعيداً من الطمع . وهذا صحيح . لا يستغني قضاة الأمصار والولاة على الأعمال عن كاتب ينوب عنهم في ضبط الأمور ليتشاغل الولاة بالنظر ، ويتشاغل الكاتب بالاثبات ، وانشاء الكتب .

« وقد كان لرسول الله ﷺ كتّاب ، منهم علي بن أبي طالب وهو الذي كتب القضية بين رسول الله وبين قريش عام الحديبية ، ومنهم زيد بن ثابت . وروى ابن عباس : انه كان للنبي كاتب ، يُقال له السجلّ . . . وقد كان للخلفاء الأربعة كتّاب مشهورون ، وكذلك لمن بعدهم .

« ولأن تشاغل الولاة بالكتابة يقطعهم عن النظر المختص بهم ، وإذا كان كذلك فالقضاة ولاة لا يستغنون عن كتّاب » .

صفات كاتب القاضي : ويضيف الماوردي[5] : « وصفة كاتب القاضي ما ذكره الشافعي من أوصافه وهي أربعة :

أحدها : **العدالة** ، لأنه مؤتمن على اثبات الاقرار والبينات وتنفيذ الأحكام فافتقر

---

(١) الأستاذ طافر القاسمي : المرجع السابق ص ٣٩٦

(٢) جـ ١ ص ٢٨٦ .

(٣) لَحَنَ أي أخطأ في الاعراب وخالف وجه الصواب (المنجد في اللغة ص ٧٦٤)

(٤) الماوردي . أدب القاضي جـ ٢ رقم ٢٠٦٢ ص ٥٨ حتى ٦٥

(٥) أدب القاضي-جـ ٢ رقم ٢٠٧١ ص ٦٠ حتى ٦٤

الى صفة من تثبت به الحقوق كالشهود .

والثاني : **أن يكون عاقلاً** ، وليس يريد ما يتعلق به التكليف وإنما يريد أن يكون جزل الرأي ، سديد التحصيل ، حسن الفطنة ، حتى لا يخدع ، أو يدلس عليه .

والثالث : **أن يكون فقيهاً** ، ليعلم صحة ما يكتب من فساده ، فإن لم يكن فقيهاً بالأحكام الشرعية لزم أن يكون فقيهاً بأحكام كتابته ، وما يختص بالشروط ، من المحاضر والسجلات ، واستعمال الألفاظ الموضوعة لها ، والتحرز من الألفاظ المحتملة ، ويختار أن يكون واضح الخط ، فصيح اللسان .

والرابع : **أن يكون نَزِهاً بعيداً من الطمع ليؤمن أن يرتشي فيحابي** .

« فإذا ظفر القاضي بمن تكاملت فيه هذه الأوصاف الأربعة ـ وأرجو أن يظفر به ـ جاز أن يستكتبه .

ولا يجوز أن يستكتب ذمياً وإن كان كافياً »[1] .

مجلس الكاتب وعمله : ويقول الماوردي في ذلك[2] : « فإذا استكتب القاضي من وصفنا ، وأحضره مجلس حكمه ، وأجلسه في الاختيار عن يساره ، ليثبت ما يحكم به من إقرار ، أو سماع بينة ، أو تنفيذ حكم ، يذكر فيه المحكوم له ، والمحكوم عليه ، بأسمائهما ، وأنسابهما ، وبقدر ما حكم به ، وسبب حكمه من إقرار أو بينة ، وإن حلاّهما عن الجهالة بهما كان أولى .

« والقاضي فيما يكتبه الكاتب من ذلك بين أمرين : إمّا أن يلقيه عليه حتى يكتبه من لفظه ، أو يكتبه الكاتب بألفاظه والقاضي ينظر اليه ، أو يقرأه بعد كتابته ، ويعلم فيه القاضي بخطه ، ويشهد به على نفسه ، ليكون حجة للمتحاكمين .

« ويكتب الكاتب ذلك على نسختين ، تكون إحداهما في ديوان القاضي ، والأخرى بيد المحكوم له . فإن قصر القاضي فيما وصفناه كان مفرطاً في حقوق ولايته ، ومفرطاً في حقوق الخصوم ، وان استوفاها سلم من التفريط فيهما » .

الكتابة طريق للقضاء : ومن البديهي أن تكون الكتابة طريقاً للقضاء . والأمثلة

---

(١) ذكر الشيرازي في المهذب ٢ / ٢٩٥ أن بعض الشافعية ذهب الى أن في المسألة وجهين وقال الروياني في البحر ٦ / ١٧١ ب . ومن أصحابنا من قال فيه وجهان · أحدهما ما ذكرنا ، والثاني انه يجوز أن يكون كافراً وفاسقاً ، لأن ما يكتبه لا بد أن يقف عليه القاضي ثم يمضيه فيؤمن خيانته وقد نقل هذا المذهب ابن قدامة عن أصحاب الشافعي (المغني حـ ١١ ص ٤٢٩) ونقله كذلك المقدسي (الشرح الكبير حـ ١١ ص ٤٠٦ ـ ٤٠٧)

وقد ذكر ذلك . محقق أدب القاضي حـ ٢ هامش رقم ٥ صفحة ٦٤ .

(٢) أدب القاضي حـ ٢ ص ٦٤

على ذلك كثيرة ، منها ما جاء في قضاة قرطبة[1] ، من أن : « عبد الله بن هارون الكوفي كان كاتباً لسليمان بن عمران ، ثم استقضاه ابن طالب على مدينة تونس » . وهذا موجود في الجهاز القضائي الحالي حيث نجد معظم القضاة ممن كانوا كتبة في سلك المساعدين القضائيين .

٣٤ ـ (ثانياً) ـ المنادي أو الذي على رأسه

كان للقاضي رجل يقوم على رأسه ، ويبدو أنه كان يقف خلفه ، وينادي على الخصوم[2] . ويدل على ذلك الخبر الوارد عند البعض[3] ان قاضي المدينة محمد بن عمران ، الذي أقام لديه الحمالون الدعوى على الخليفة أبي جعفر المنصور ، قال له : « الذي على رأسه » بأي شيء أنادي : أبالخلافة أم باسمه ؟ فقال له القاضي : باسمه . فناداه فتقدم اليه ، فقضى عليه » .

غير أنه استبدل بهذا الإسم اسم آخر فيما بعد ، وهو « المنادي » . والظاهر أن اختصاصه قد توسع ، فربما انتهر أحد المتخاصمين لخروجه عن آداب المرافعة ، كالذي رواه البعض[4] ان امرأة جاءت الى القاضي عبيد الله بن الحسن تشكو زوجها وتقول : إن زوجي لا يجامعني ، فقال لها المنادي : اسكتي ، لا تسفهي بين يدي القاضي . فقال له القاضي : إسكت » .

وربما أنيطت بعض إجراءات المحاكمة الشكلية بالذي يقوم على رأس القاضي . فقد ذكر وكيع[5] انه رؤي عند القاضي شريح رجل كان يقوم على رأسه ، وكان إذا تقدم اليه خصمان يقول : أيكما المدعي فليتكلم .

وربما كان الذي يقوم على رأسه مسلحاً ، كأنه أقيم لحفظ النظام في الجلسة خلال المحاكمات ، كالذي ورد عند وكيع[6] من أن أم داود الوانسية قالت : « رأيت شريحاً على رأسه شرطي بيده سوط » .

وقد ذكر البعض[7] أن المنادي كان يُسمى في الأندلس « الهاتف » .

٣٥ ـ (ثالثاً) ـ الحاجب :

الحاجب شخص يقف على باب الموظف ، يحجب الناس حتى يؤذن لهم . ولم

---

(١) محمد بن حارث الخشني ، ص ١٩٤ مذكور عند القاسمي ص ٤٠٧

(٢) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٤٠٨

(٣) وكيع . أخبار القضاة جـ ١ ص ١٩٣ .

(٤) وكيع . أخبار القضاة جـ ٢ ص ١٠٨ وجـ ٣ ص ١٦٨ .

(٥) وكيع . أخبار القضاة جـ ٢ ص ٣٠٧ .

(٦) أخبار القضاة جـ ٢ ص ٣٢٠

(٧) الخشني . ص ٨٣ مذكور عند الاستاذ ظافر القاسمي ص ٤٠٩

يكن للقضاة حجّاب في بادىء الأمر . ولكن بعد أن أصبح للقضاء دار معروفة ، واتسعت المدن ، وازدادت القضايا ، إرتأى بعض الأئمة أن يكون للقاضي حاجب ، ليصون هيبته ، وليرفعه عن التبذل أو الإبتذال [1] .

قال الماوردي [2] : « قال الشافعي : ولا يكون دونه حجاب . وهذا صحيح ، يكره للقاضي أن يكون محتجباً [3] ، ويكره أن يكون له حاجب ، يكون وصول المتنازعين اليه موقوفاً على اذنه .

« فإن اتخذ حاجباً في غير مجلس الحكم لم يكره له . بل اذا احتجب عن الناس في غير مجلس الحكم وزمانه كان أحفظ لحشمته ، وأعظم لهيبته .

« وكان . . . يكره للقاضي اتخاذ الحاجب في زمان الاستقامة وسداد أهله ، فأما في زمان الاختلاط والتهارج ، واستطالة السفهاء و(الغوغاء) ، فالمستحب له أن يتخذ حاجباً يحفظ هيبة نظره ، ويمنع من استطالة الخصوم .

« وقد كان يرفأ حاجباً لعمر . . . واستصعب الأذنُ على المغيرة بن شعبة في خلوة أرادها مع عمر ، فرشا يرفأ حتى سهل له الأذن عليه . . . فكان المغيرة أولَ من رشا ، ويرفأ أول من ارتشى في الاسلام . ومن مثل هذا كُره الحجّاب ، لأن الحاجب ربما فعل ما لا يراه المحتجب .

شروط الحاجب [4] : « والشروط المعتبرة في هذا الحاجب نوعان : واجب ومستحب . « فأما الواجب فثلاثة : العدالة ، والعفة ، والأمانة . وأما المستحب فخمسة : أن يكون حسن المنظر ، جميل المخبر ، عارفاً بمقادير الناس ، بعيداً عن الهوى والعصبية ، معتدل الأخلاق بين الشراسة واللين » .

وجاء عن البعض الآخر [5] : « وينبغي أن يكون عند الحاكم من يحفظ نُوَبَ الناس ، فيقدم الأول فالأول ، ويُجلسهم مجالسَهم » . وربما سمي هذا : « صاحب المجلس » .

٣٦ ـ (رابعاً) ـ الوكيل بالخصومة [6] :

جاء في المادة ١٤٤٩ من مجلة الأحكام العدلية : « الوكالة : تفويض أحد أمره

---

(١) الأستاذ ظافر القاسمي . المرجع السابق ص ٤١٤

(٢) أدب القاضي جـ ١ رقم ٢٥٥ ص ١٩٩ حتى ٢٠٤ .

(٣) قال محقق أدب القاضي . قال أبو الطيب « ويستحب له أن يتخذ حاجباً يقوم على رأسه إذا قصد للقضاء ، ويقدم الخصوم ويؤخرهم ، فإذا حكم بين الخصمين وقاما ، دعا بغيرهما »(ص ١٩٩ هامش رقم ٥ من أدب القاضي جـ ١) .

(٤) الماوردي : أدب القاضي جـ ١ رقم ٢٦٣ ص ٢٠٤ .

(٥) النويري : نهاية الارب جـ ٦ ص ٢٦٢ .

(٦) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٣٧٩ حتى ٣٩٤ .

لآخر ، واقامته مقامه ، ويُقال لذلك الشخص : موكل ، ولمن أقامه : وكيل ، ولذلك الأمر : موكل به » وجاء في تعريفات الجرجاني[١] : الوكيل : هو الذي يتصرف لغيره ، لعجز موكله .

وجاء في المبسوط للسرخسي[٢] : التوكيل : تفويض التصرف الى الغير .

فالأصل في المحاكمات أن يحضر المتخاصمان بنفسيهما أمام القضاء . وإنّما جوّز العلماء التخلف عن مجلس القضاء وارسال وكيل ، وعللوا ذلك الجواز بأسباب مختلفة ، كما أنهم اختلفوا في إطلاق الجواز أو تحديده ، وباشتراط رضا الخصم أو عدمه . والقائلون بالجواز مطلقاً استندوا الى حديث جاء فيه[٣] انه :

« ذُكر عن عبد الله بن جعفر قال : كان عليّ لا يحضر خصومة أبداً . . . وكان إذا خوصم في شيء من أمواله وكلّ عقيلاً . وفيه جواز التوكيل بالخصومة ، وبظاهره يستدل أبو يوسف ومحمد في جواز التوكيل بغير رضا الخصم ، لأن علياً لم يطلب رضا خصومه » .

وقد ذكر السرخسي في المبسوط[٤] الى أنه : « قد جرى الرسم على التوكيل على أبواب القضاة من لدن رسول الله ، الى يومنا هذا ، من غير نكير مُنْكِر ، ولا زجر زاجر » .

ومن أقدم ما عثر عليه من حوادث الوكالة بالخصومة يذكر البعض[٥] انه : « كانت بين حسّان بن ثابت شاعر الرسول ، وبين بعض الناس منازعة عند عثمان بن عفان ، فقضى عثمان على حسان ، فجاء حسان الى عبد الله ابن عباس ، فشكا ذلك اليه . فقال له ابن عباس : الحقُّ حقك ، ولكن أخطأت حجتَك . انطلق معي فخرج به حتى دخلا على عثمان ، فاحتج له ابن عباس حتى تبين عثمان الحق ، فقضى به لحسان بن ثابت » .

ويقول القاسمي[٦] انه إذا كان في هذه الحادثة دليل على جواز إعادة المحاكمة في القضية المحكوم بها ، حين وضوح الخطأ في الحكم ، في التنظيم القضائي الاسلامي ، فإن فيها دليلاً آخر على أن مرافعة العاجز أو الجاهل عن نفسه أمام القضاء في حاجة الى وكيل .

---

(١) ص ١١٢ .
(٢) المبسوط ١٩ /٢ .
(٣) المبسوط ١٩ /٣ .
(٤) ١٩ / ٤ .
(٥) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٣٨٢ .
(٦) ص ٣٨٣

والذي يبدو من آراء الفقهاء والمؤلفين أن الوكالة لم تقيد بأي قيد كان . فقد جاء عند السرخسي في المبسوط [1] : « وإذا وكلت امرأة رجلاً ، أو رجل امرأة ، أو مسلم ذمياً ، أو ذمي مسلماً ، أو حرٌ عبداً ، أو مكاتباً له أو لغيره ـ باذن مولاه ـ فذلك كله جائز ، لعموم الحاجة الى الوكالة في حق هؤلاء » .

وبهذا فتحت الشريعة الإسلامية أبواب المحاماة أمام المرأة قبل أكثر من ألف سنة[2] .

والوكالة غير جائزة في قضايا الحدود والقصاص أو سلعة تردُّ من عيب . . . فالتوكيل باستيفاء الحدود باطل بالاتفاق[3] . وهذا ما يأخذ به قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني الحالي فلا يقبل تمثيل المدعى عليه بواسطة وكيل في الجرائم المستوجبة لعقوبة الحبس .

٣٧ ـ (خامساً) ـ القسّام أو خبير القسمة :

القسّام أو القاسم : هو الخبير الذي يعينه القاضي ليساعده في قضايا القسمة . وينبغي أن يعطى أجرَه من بيت المال لأنه كالقاضي .

ويشترط في القاسم أن يستوفي صفات الكاتب ، أي العدالة وقلة الطمع ، وأن يكون أيضاً عالماً بالحساب والمساحة والقيم والقسمة[4] .

ويقول الماوردي في القاسم[5] : « فإن خفيت عليه القيم لاختلاف الأجناس المقوّمة ، لم يكن ذلك تقصيراً في صفته ، ورجع الحاكم في التقويم الى غيره ، لأن لكل جنس ونوع أهل خبرة ، وهم أعلم بقيمته من غيرهم ، وليس يكمل معرفة قيم الأجناس كلها أحد » .

وهذا عين ما يفعله القاضي في زماننا إذا فشل الخبير في مهمته أو اعتذر عنها ، إذ يكلف القاضي خبيراً غيره يقوم بالمهمة المطلوبة .

٣٨ ـ (سادساً) ـ الترجمان :

إذا تحاكم الى القاضي أو شهد أمامه أعجمي أو أجنبي لا يعرف اللغة العربية ، فيجب تعيين ترجمان ينقل لغته الى العربية ، لغة القاضي الرسمية . لذا قرر عمر بن الخطاب ، بحضور عثمان وعلي ، أن يترجم عبد الرحمن بن حاطب بن بلتعة عن كلام

---

(١) ١٩ / ٨ .
(٢) الأستاذ ظافر القاسمي · المرجع السابق ص ٣٨٦ .
(٣) السرحسي : المبسوط ١٩ / ٩ .
(٤) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في الحق ص ١٣٠ ـ ١٣١ .
(٥) أدب القاضي جـ٢ ص ٦٥ ـ ٦٦

المرأة النوبية التي زنت وحملت وأقرت [١] .

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كانت الترجمة شهادة أو خبراً :

فقال الشافعية انها شهادة تفتقر الى العدد . ومن ثم ، لم يقبلوا الترجمة إلّا شاهدين عدليين يعرفان لسان الأعجمي . ولا تقبل ترجمة الوالد والولد .

لكن الماوردي قال ان ما يقوله القاضي للخصم الأعجمي هو خبرة ، تكفي فيه ترجمة الواحد . وكذلك أن يكون المترجم لأحد الخصمين المترجم للخصم الآخر إذا كان الخصمان أعجميين .

أما أبو حنيفة ، فقال ان الترجمة خبر ، تقبل فيها ترجمة الواحد إذا كان عدلاً . وقد قال بقوله صاحبه أبو يوسف والإمام مالك . أما صاحبه الآخر محمد بن الحسن وسائر الأئمة ، فقالوا بقول الشافعية [٢] .

وقال السرخسي في المبسوط عن الترجمان [٣] :

« وإذا اختصم الى القاضي قوم يتكلمون بغير العربية ، وهو لا يفقه لسانهم ، فإنه ينبغي أن يترجم عنهم له رجل مسلم ، ثقة . واتخاذ الترجمان للحاجة ، وقد كان عليه الناس في الجاهلية ، وبعد الاسلام . . ولا يشترط لفظ الشهادة ، لأن اشتراط ذلك في الشهادة . . . لمعنى الزجر عن الشهادة بالباطل . . . . وأما المترجم بحيازة القاضي ، فينعدم بحقه مثل تلك التهمة ، فلهذا لا يشترط في حقه لفظ الشهادة . . » .

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية (المادة ١٨٢٥) انه : « يوجد القاضي في المحكمة ترجماناً موثوقاً به ومؤتمناً لترجمة كلام من لا يعرف اللغة الرسمية من الطرفين » .

٣٩ ـ (سابعاً) ـ الحارس القضائي :

الحارس القضائي ليس من تشكيل المحكمة الأصلي ، وإنما هو طارىء يستدعى عند الحاجة كالترجمان . والعهد به قديم ، فقد عرفه التنظيم القضائي في الاسلام منذ أيام عمر بن الخطاب . فقد جاء في سِيَر أعلام النبلاء للذهبي [٤] :

« عن ابن عمر قال : لما هلك أُسَيْد بن الحُضَير ، وقال غرماؤه بما لهم ، سأل عمر : في كم يؤدي ثمرها ليوفي ما عليه من الدين ؟ فقيل له : في أربع سنين . فقال

(١) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٨٧ والمجتهدون في الحق ص ١٣١ ـ ١٣٢ ؛ الأستاد ظافر القاسمي ص ٤٢٣ حتى ٤٢٦

(٢) الماوردي : أدب القاضي جـ ١ ص ٦٩٠ ـ ٧٠٠ .

(٣) ١٦ / ٨٩ .

(٤) ١ / ٢٤٧ ذكره القاسمي : ص ٤٢٦ .

لغرمائه : ما عليكم أن لا تباع . قالوا احتكم (أي أحكم بما رأيت) ، وإنما نقتص في أربع سنين . فَرَضَوْا بذلك ، فأقرّ المال لهم قال : ولم يكن باع نخل أُسَيْد أربع سنين من عبد الرحمن بن عوف ، ولكنه وضعه على يدي عبد الرحمن للغرماء » .

وجاء في كتاب الأحكام السلطانية[1] أن على قاضي المظالم : « أن ينظر في الدعوى ، فإن كانت مالاً في الذمة كلفه إقامة كفيل ، وإن كانت عيناً قائمة كالعقار ، حَجَر عليه فيها حجراً لا يرتفع به حكم يده ، وردّ استغلالها الى أمين يحفظه الى مستحقه منهما » .

٤٠ ـ (ثامناً) ـ الكاتب بالعدل :

ورد ذكر الكاتب بالعدل في القرآن الكريم ، في قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتمْ بدَيْنٍ الى أجَلٍ مُسَمّىً فاكتبوه ، ولْيَكْتُبْ بينكم كاتب بالعدل ﴾ . فهذه الآية هي الأصل في أحداث هذا العمل الهام لتوثيق معاملات الناس[2] .

وقد ذكر البعض[3] أن أقدم نص وقع عليه في خصوص الكاتب بالعدل أو « الموثق » أو « الوثائقي » هو ما ورد في كتاب « نسب قريش » للزبيري المولود عام ١٥٦ هـ والمتوفي عام ٢٣٦ هجرية (٦٤٧ ـ ٦٩٠ ميلادية) فقد جاء فيه : « كان طلحة ابن عبد الله ، وخارجة بن زيد بن ثابت (كان قاضياً) ، في زمانهما ، يستفتيان ، وينتهي الناس الى أقوالهما ، ويقسمان المواريث بين أهلها . . . ويكتبان الوثائق للناس ، وذلك بغير جعل » .

ويقول هذا البعض أنه لا يُعرفْ الكثير عن كتابة الوثائق للناس في المشرق ، لكن كتب الأندلسيين تحدثت كثيراً عن هذا الموضوع . وان كتابة الوثائق كانت في الأندلس عملاً رسمياً من أعمال الدولة . وان صفات الموثق نجد مثلها في كتاب قضاة قرطبة للخشني عندما ترجم لقاضٍ اسمه : النضر بن سلمة الكلابي[4] ، حيث جاء فيه : « كان النضر عالماً بعلل الوثائق ، ومدركاً لمواضع الزلل منها ، والإغلال ـ الخيانة ـ فيها . يوقف الفقهاء على ذلك ، فيُقرّون له بالإصابة ، ويعترفون له بفضل الإدراك » .

والظاهر أنه كان في الأمصار الكبرى عدة موثقين ، كما هو معمول به اليوم حيث يوجد الكثير منهم في المدن الكبرى . فقد جاء عند البعض[5] : ان محمد بن يحيى القاضي بغرناطة : وليَ قضاء الجماعة ، فقام بالوظائف ، وصدع بالحق ، وبهرج

(١) عند الماوردي ص ٨٥ وعند أبي يعلى الفراء ص ٦٥ .
(٢) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٤٢٧ حتى ٤٣٥
(٣) الأستاذ ظافر القاسمي ص ٤٢٩ .
(٤) ص ١٣٤
(٥) النباهي المالقي : تاريخ قضاة الأندلس ص ١٤٢ .

العدول ، فزيّف منهم ما ينيف على الثلاثين عدداً : فاستهدف بذلك الى مناصبة ومعاداة . . . غير مبال بقيل أو قال ، فأصبح في عمله مع كتبة الوثائق بغرناطة أشبه القضاة بيحيى بن معمر في قرطبة ، إذ بلغ من مناقشته أن سجّل في يوم واحد بالسخطة على تسعة عشر رجلاً منهم . . . » .

المبحث الثاني

اختصاصات المحاكم الاسلامية وأنواعها

(أ) فكرة المحكمة من حيث مكان القضاء وزمانه :

٤١ ـ (أولاً) ـ مكان القضاء :

عرف النظام القضائي الاسلامي فكرة تخصيص مكان معين في البلد ، كالمسجد أو بيت القاضي أو سوق البلدة ، يجلس فيه القاضي للقضاء بين الناس وتقام الدعوى لديه بحيث لا يتعداه الى غيره[1] .

ومن مقتضيات العدالة في الاسلام جلوس القاضي في مكان يسهل للمتقاضين الوصول اليه . لذا ، أنكر الفاروق عمر على أبي موسى الأشعري القضاء في داره ، وأمر بإضرامها عليه .

وقد كان الخلفاء الراشدون الخمسة يجلسون للقضاء في المسجد ، لكنهم منعوا إقامة الحدود فيه . وقد قضى الإمام علي في مسجد الكوفة ، وكذلك قضى عثمان بن عفان بين سقّائين في المسجد قبل أن يتخذ داراً خاصة للقضاء بين الناس . ولكن روي أيضاً أن عمر كتب الى قاضي الكوفة القاسم بن عبد الرحمن أن لا يقضي في المسجد ، لئلا يدخله الرعاع وغير الطاهرين[2] .

وقد روي عن معظم قضاة السلف أنهم كانوا يقضون في المسجد . وكان شريح لا يقضي في بيته إلاّ في عيد الفطر أو في يوم مطير . وكذلك روي عن ابن أبي ليلى أنه لم

---

(١) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٥٢ ؛ الاستاد طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٤٧٣ حتى ٤٨٤ ؛ الأستاذ علي منصور : المرجع السابق ص ٣٢٩ .

(٢) الدكتور صبحي محمصاني . تراث الخلفاء الراشدين ص ١٧٢ .

يكن يكره القضاء في المسجد . بل كان هو وابن شبرمة ينفذان عقوبة الحدود في المسجد أيضاً[1] .

وقد روى وكيع في أخبار القضاة[2] أنه رأى « زُرارة بن أوفى يقضي في الرحبة، خارجاً من المسجد » . والرحبة هي الساحة . والظاهر أنها الساحة الملحقة بالمسجد كأنها حديقة له ، وليست صحن المسجد .

وقد ذكر وكيع أيضاً[3] : « أن اياس بن معاوية كان يقضي في سوق البصرة . . . من سَبَقَ الى مكان فهو أحق به ما جلس عليه ، فإذا قام ، فجلس عليه آخر ، فهو أحق به » ؛ وانه رؤي « يحيى بن يعمر يقضي في السوق راكباً » . وان عبد الله بن بريدة رؤي « على حمار يطوف القرى يقضي بين الناس » .

ويقول الماوردي في الأحكام السلطانية[4] : « ولو قلّد الحكم فيمن ورد اليه في داره أو في مسجده صح ، ولم يجز له أن يحكم في غير داره ولا في غير مسجده ، لأنه جعل ولايته مقصورة على من ورد الى داره أو مسجده ، فلذلك صار حكمه فيهما شرطاً » .

٤٢ - (ثانياً) - زمان القضاء :

وكذلك فقد عرف النظام القضائي الاسلامي فكرة تحديد زمان معين للقضاء ، يلتزم به القضاة للنظر في القضايا في أيام معينة من الأسبوع .

ويقول الماوردي في الأحكام السلطانية[5] : « ولو قال قلدتك النظر بين الخصوم في كل يوم سبت جاز ، وكان مقصور النظر فيه ، فإذا خرج يوم السبت لم تزل ولايته لبقائها على أمثاله من الأيام ، وان كان ممنوعاً من النظر فيما عداه من الأيام » .

ويقول في أدبُ القاضي عند بحثه عن واجبات القاضي بعد دخوله البلد وقراءة العهد انه يقرر أمرين : أحدهما مكان القضاء[6] ، والثاني : أن يكون زمان نظره معيناً عليه من الأيام ، ليتأهبوا - المتخاصمون - فيه للتحاكم اليه .

« فإن كثرت المحاكمات ، ولم يتسع لها بعض الأيام ، لزمه النظر في كل يوم .

ويكون وقت نظره من اليوم معروفاً ، ليكون باقيه مخصوصاً في أمور نفسه وراحته ودعته .

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٣٨ ؛ وكيع : أخبار القضاة جـ٣ ص ٨٩ و١٣٥
(٢) جـ١ ص ٢٩٦ .
(٣) جـ١ ص ٣٣٩ وجـ٣ ص ٣٠٦ و ٢٣٧ .
(٤) ص ٨١ .
(٥) ص ٨٢ .
(٦) الماوردي · جـ١ رقم ٢٤٢ ص ١٩٥ و ١٩٦ ,

وإن قلت المحاكمات ، واتسع لها بعض الأيام ، جعل يوم نظره في الأسبوع مخصوصاً ، بحسب الحاجة فيه : من يوم ، أو يومين ، أو ثلاثة ، معتبراً بقدر الحاجة حتى يستعد الناس للتحاكم فيه .

فإن تجدد في غير يوم النظر ما لا يمكن تأخيره فيه ، نظر فيه ولم يؤخره .

ويختار أن تكون أيام نظره من الاسبوع : السبت ، والاثنين ، والخميس » .

وقال الماوردي في موضع آخر[1] : و« يجعل - القاضي - يوم جلوسه للحكم العام معروف الزمان ، والمكان ، ولا يخلّ بيوم في كل أسبوع . فإن وردت فيما عداه أحكام خاصة لم يؤخرْها إن أضرت ، وكان فيها بين أن يستخلف من ينوب عنه في النظر فيها بنفسه ، بعد أن يستكمل الراحة والدعة ، لئلا يسرع اليه ملل ولا ضجر » .

العطلة القضائية : لقد جاء في كتاب تأريخ قضاة الأندلس للنباهي المالقي ، في سيرة محمد بن يَبْقَى بن نَـدْب[2] ، انه قيل عنه : « كان لا يحكم في شهر رمضان ، ويفرّغ فيه نفسه للعمل والعبادة ، لم يزل مواظباً على ذلك إلى أن مات » . فقوله : « للعمل » ، كأنه يفيد أنه كان يعكف على الدراسة والمطالعة وتثقيف نفسه ، وللعبادة . فكان هذا الشهر بمثابة العطلة القضائية في زماننا الحاضر[3] .

٤٣ - (ثالثاً) - فكرة اشتراك أكثر من قاض في نظر الدعوى :

الأصل في القضاء الإسلامي أن يكون قضاء قاض فرد[4] . غير أن الفقه الإسلامي عرف وأجاز اشتراك أكثر من قاض واحد في نظر بعض أنواع القضايا ، لأن القاضي نائب ووكيل عن ولي الأمر . ولما كان للموكل أن يوكل عنه أكثر من واحد مجتمعين دون أن يأذن لأحدهم بالانفراد ، فكذا في القضاء يصح إنابة ثلاثة قضاة مثلاً أو خمسة ليشتركوا مجتمعين في نظر بعض الدعاوى التي يجعل لهم ولي الأمر حق النظر فيها . وعندئذٍ لا يصح لواحد منهم أن ينفرد باستماع إحدى الدعاوى أو الفصل فيها ، وإذا فعل أحدهم شيئاً من ذلك فلا اعتبار لما فعل ، لأن مجموعهم في هذه الحالة إنما هو عبارة عن الفرد الواحد ، إذ عقد الإنابة يفيد أن كل واحد منهم يعتبر معزولاً عن القضاء بمفرده لأنه لم ينصّب لذلك مستقلاً بل مشتركاً مع الآخرين ، وهذا مما يمكن فيه الاشتراك .

والواقع أن كتب الفقه نقلت خلافاً في المسألة يفيد أن الأحناف والحنابلة وبعض الشافعية يجيزون ذلك خلافاً للمالكية وبعض الشافعية .

---

(١) جـ ٢ رقم ٢٩٤٦ ص ٢٤٤ - ٢٤٥

(٢) ص ٧٧ - ٧٨ .

(٣) الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٤٨٦

(٤) الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٥٣٦ .

والمانعون يعللون المنع بأن القضاة المتعددين يتعذر اتفاقهم في الرأي ، مما يؤدي الى تعطل الفصل في الخصومات بل الى تعذره . فسبب المنع إذن هو خشية الاختلاف في الرأي ، فإذا اشترطنا عند التعدد أن يكونوا ثلاثة أو خمسة، وأجاز ولي الأمر عند الاختلاف الأخذ برأي الأغلبية ، لكان جواز تعدد القضاة لنظر القضية الواحدة جائزاً اتفاقاً[1] .

ويقول ابن قدامة المقدسي في الموضوع[2] : « فإن قلّد ولي الأمر قاضيين أو أكثر عملاً واحداً في مكان واحد ، ففيه وجهان : أحدهما لا يجوز وهو أحد وجهين لأصحاب الشافعي ، لأنه يؤدي الى إيقاف الحكم عند الاختلاف في الاجتهاد . والثاني يجوز ، وهو قول أصحاب أبي حنيفة وهو أصح ، لأن الغرض فصل الخصومات وإيصال الحق الى مستحقه وهذا يحصل فأشبه القاضي » .

ويقول الخطيب علي أبي شجاع الشافعي : « وجاز نصب أكثر من قاض بمحل ان لم يُشترط اجتماعهم على الحكم ، لأن اجتهادهم مختلف غالباً » ، وقد قلنا انه يمكن أن يكون الحكم بالأغلبية عند الاختلاف .

وجاء في الفتاوى الهندية : « وان قلد السلطان قضاء ناحية الى رجلين فقضى أحدهما لا يجوز كالوكيلين » .

أما في تبصرة الحكام لابن فرحون ، وفي الدسوقي على متن خليل وفي غيرها في المذهب المالكي انه لا يجوز[3]

(ب) اختصاصات المحاكم الاسلامية وأنواعها :

٤٤ ـ تمهيد وتقسيم :

في بادىء الأمر كان القاضي الاسلامي يتولى النظر في جميع القضايا التي تعرض عليه ، سواء أكان النزاع مدنياً ، أو جزائياً ، أو إدارياً ، أو يتعلق بالأحوال الشخصية ، أو غير ذلك مما يمكن أن ينظر فيه القضاة .

غير أنه لما اتسعت مساحة الدولة الاسلامية ، وتكاثر عدد سكانها ، وازدادت الخلافات ، وتشعبت القضايا ، دعا ذلك وُلاة الأمر الى تخصيص بعض القضاة ، بنوع معين من القضايا .

وهكذا كانت اختصاصات المحاكم الاسلامية على النحو الآتي :

---

(١) الدكتور محمد سلام مدكور . المرجع السابق ص ٥٦
(٢) ذكر ذلك : الدكتور مدكور ص ٥٦ ـ ٥٧ .
(٣) كل ذلك مذكور عند الدكتور مدكور ص ٥٧ .

أولاً ـ الاختصاص النوعي للمحاكم .
ثانياً ـ الاختصاص حسب قيمة الدعوى .
ثالثاً ـ الاختصاص الشخصي للمحاكم .
رابعاً ـ الاختصاص المكاني للمحاكم .

٤٥ ـ (أولاً) ـ الاختصاص النوعي للمحاكم الاسلامية .

ونقصد بذلك اختصاص القاضي بنوع واحد من القضايا ، ويمكن تصنيف هذه الاختصاصات ، مقارنة بما هو معمول به حالياً ، على النحو الآتي :

(١) القضاء المدني :

ويختص بالنظر في القضايا المدنية ومنها :

ـ فصل المنازعات وتثبيت الحقوق عند التناكر ، من ديون في الذمم وأعيان في اليد .

ـ استيفاء الحقوق بعد تثبيتها ممن مطل بها وإيصالها الى مستحقها ، أي بتسليم الأعيان أو حبس المحكوم عليه لإخراج ما كان في ذمته .

ـ النظر في العقود من بيع وغيره ، للفصل في صحتها أو فسادها .

ـ فصل التشاجر في حقوق الأملاك من الشفعة والمياه والحدود والاستطراق (أي حق المرور) . وكذلك النظر في مخارج الأبنية والأجنحة الى الطرقات إذا جاء فيها متظلم أو إذا استوجبت اجتهاداً ، وإلاّ دخلت في اختصاص المحتسب[١] أو قضاء المخالفات ، كما سنرى .

(٢) القضاء المستعجل :

من خلال فكرتين وردتا في كتاب أدب القاضي للماوردي ، يمكن القول أن هذا الإمام القاضي والفقيه قد تصور وجود قضاء مستعجل في التنظيم القضائي الاسلامي ، هذا القضاء الذي يقوم في النظام الحالي على فكرة عنصر العجله في القضية وضرورة السرعة في البت فيها منعاً للضرر[٢]

فقد قال الماوردي في الجزء الأول من الكتاب[٣] في معرض بحث زمان القضاء : « فإن تجدد في غير يوم النظر ما لم يكن تأخيره فيه ، نظر فيه ولم يؤخره » .

وقال في الجزء الثاني[٤] : فإن وردت فيها عداه أحكام خاصة ، لم يؤخرها إن

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في الحق ص ١٣٤ ـ ١٣٥ .
(٢) الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٤٨٦ ـ ٤٨٧ .
(٣) الماوردي : أدب القاضي حـ ١ رقم ٢٤٧ ص ١٩٦
(٤) الماوردي : أدب القاضي حـ ٢ رقم ٢٩٤٦ ص ٢٤٤

أضـرّتْ ، وكان فيهـا بين أن يستخلف من ينـوب عنه في النـظر ، وبين أن ينـظر فيها بنفسه . . » .

(٣) القضاء الجزائي :

كان المسلمون في صدر الاسلام قليلي العدد ، أتقياء ورعين ، يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر . وكان الواحد منهم إذا ارتكب جرماً جاء الى النبي بنفسه يطالبه بانزال العقاب به . وقصة ماعز والغامدية مشهورة ، فقد اعترفا أمام النبي بالزنا وألحّا بإقامة العقاب عليهما ، وتجاه اصرارهما ، أمر الرسول برجمهما .

نظام الاتهام في الاسلام : لم تكن النيابة العامة موجودة لتقوم بمهمة الادعاء أو الاتهام . والراجح أن القاضي كان يضع يده على جرائم الحدود التي تدخل في حقوق الله (وهي ما يعبر عنها بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة) وذلك من تلقاء نفسه دون حاجة لتقديم شكوى من أحد . أما جرائم الحدود التي تعتبر من حقوق الأفراد (كالسرقة) ، فإنه لا يستطيع أن ينظر فيها بدون شكوى من المتضرر (وهذا هو مذهب الحنابلة) .

أما أبو حنيفة ، فإنه يشترط تقديم شكوى من المتضرر ، حتى في حقوق الله[١] .

قضاء الجراح : ذكر الكندي[٢] : « ان معاوية بن أبي سفيان كتب الى القاضي سليم بن عتر يأمره : بالنظر في الجراح ، وأن يرفع ذلك الى صاحب الديوان . وكان سليم أول قاض نظر في الجراح ، وحكم فيها . فكان الرجل إذا أصيب فجُرح ، أتى الى القاضي وأحضر بيّنته على الذي جَرّحه ، فيكتب القاضي بذلك الجرح قصّته على عاقلة ـ قبيلة ـ الجارح ، ويرفعها الى صاحب الديوان ، فإذا حضر العطاء اقتصّ من أعطيات عشيرة الجارح ما وجب للمجروح ، وينجم ذلك في ثلاث سنين ، فكان الأمر على ذلك » .

وهذا النوع من القضاء شبيه بقضاء الجنح في أيامنا هذه[٣] .

قضاء الجرائم والأحداث الكبرى : ذكر وكيع[٤] انه : « لما استُخلِف عثمان ، أقر أبا موسى الأشعري على قضاء البصرة وأحداثها » ، وذكر أيضاً[٥] انه قد : « ولّى المهدي شريكاً مع القضناء صلاة الكوفة وأحداثها ، فولّى على شرطته اسحاق بن الصباح » .

(١) الدكتور عبد الوهاب حومد : الوسيط في الاجراءات الجزائية الكويتية ص ٩ .
(٢) الولاة والقضاة ص ٣٠٩ .
(٣) الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٢٥٦ .
(٤) أخبار القضاة جـ ١ ص ٢٨٣ .
(٥) أخبار القضاة جـ ٣ ص ١٥٤ .

وقد قال البعض[1] ان المقصود بالأحداث « الجرائم الكبرى » وفقاً للمعنى اللغوي للّفظ ، ولأن الفقرة الأخيرة من جملة وكيع تؤكد أيضاً ذلك . ولا أدل على ذلك من أن الخليفة ترك للقاضي اختيار رئيس الشرطة ، ليتعقب فاعلي هذه الجرائم الكبرى .

ولعل عمر بن الخطاب هو أول من أحدث هذا النوع من القضاء . فقد ورد عند الطبري[2] ، حين التحدث عن عمال عمر : « وأما الكوفة ، فإن عامِله عليها كان عمّار بن ياسر ، وكان اليه الأحداث » .

وهذا القضاء شبيه بمحاكم الجنايات أو المجلس العدلي .

الحِسْبة أو قضاء المخالفات : الحسبة وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، الذي هو فرض على القائم بأمور المسلمين . يُعين لذلك من يراه أهلاً له .

وجمهور الفقهاء يرون وجوب الحسبة على كل مسلم ، والبعض يرى أن مجرد النصح بالحسنى هو واجب على كل مسلم (ويسمى المتطوّع) ، وأما ما زاد عن ذلك من أعمال الحسبة مما يقتضي المقاومة والضبط والبحث والتقديم الى القضاء ، فينبغي أن يكون عن طريق والي الحسبة المعين من قبل الحاكم . ولا مانع لأي مسلم أن يبلغ والي الحسبة عن أي مكروه .

والمحتسب ممنوع من التجسس على الناس ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تجسسوا ﴾ ، وعليه أن ينتظر ظهور المنكر ، حتى يحق له التدخل[3]

والأصل في مشروعية الحسبة ما ورد عن النبي أنه وقف على طعام به عيب خفي ، فقال لصاحبه ، أفلا أظهرتَ العيبَ حتى يعرفه الناس ؟ وخطب قائلاً : أيها الناس لا غش بين المسلمين ، من غشّنا فليس منا . وقد تولت الصحابية « سمراء بنت نهيك الاسدية » الحسبة في مكة أيام النبي ، فكانت تمر في الأسواق تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر ، وكانت تحمل بيدها سوطاً ، وكان سعيد بن العاص أول محتسب موظف في الاسلام ، فقد استعمله النبي على سوق مكة ليتفقده ، كما استعمل عمر بن الخطاب الشفاء بنت أبي سليمان على سوق المدينة لمراقبة الغشاشين[4] ، ويقال ان عمر أول من وضع نظام الحسبة[5]

---

(١) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٢٥٦ و ٢٥٧

(٢) ٤ /١٤٥ مذكور عند الاستاذ ظافر القاسمي ص ٢٥٨ .

(٣) الدكتور عبد الوهاب حومد : المرجع السابق ص ١٠ .

(٤) الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٥٩٠ حتى ٥٩٢ .

(٥) انظر في نظام الحسبة هل هو نظام اسلامي أصيل أم أنه مقتبس من النظام البيزنطي (ظافر القاسمي ص ٦١٠ حتى ٦١٨) .

والحسبة ، التي هي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ذات اختصاصات متعددة[1] :

ـ فمنها ما هو ذو طبيعة ادارية ينعلق بأعمال الشرطة[2] لضبط الأوزان وأسعار السلع ، والتفتيش على الأسواق والبضائع ، واتلاف الفاسد من المأكولات والمشروبات .

ـ ومنها ما هو ذو طبيعة قضائية : كنظر المحتسب في بعض الدعاوى البسيطة العائدة للأفراد والتي قد ترفع اليه أو تصل الى علمه . وهذه الدعاوى تتعلق بالغش والخداع في البيع والشراء ، والتطفيف[3] في المكاييل والموازين ، والمماطلة في دفع الدين مع القدرة على الوفاء ، وعلى العموم كل ما يتصل بالحقوق المعترف بها والتي لا يحتاج البت بها الى سماع بينة أو تحقيق شهادة . ولذلك اعتبرت الحسبة نوعاً من أنواع المحاكم ، وكانت في كثير من الدول الاسلامية مثل العبيديين بمصر والمغرب ، والأمويين بالأندلس ، مما يدخل في ولاية القاضي[4] .

مراحل الدعوى الجزائية في الاسلام : لا توجد في الشريعة الاسلامية مرحلة التحقيق الابتدائي ،فالدعوى تحال مباشرة على القاضي وهو الذي يقوم بالتحقيق فيها . ومن الاجراءات التي يتخذها القاضي توقيف المدعى عليه احتياطياً[5] ، وذلك اذا كان قد اشتهر عنه الاجرام ، أو على الأقل كان مجهول السيرة[6] .

وتبدأ اجراءات الدعوى الجزائية أمام القاضي بسؤال المدعى عليه عن التهمة والشهادة والقرائن والدلائل .

فيبدأ القاضي بسؤال المدعى عليه عن التهمة ، فإمّا أن يعترف وإمّا أن يُنْكِر .

---

(١) يراجع في اختصاصات الحسبة بالتفصيل : الاستاذ علي حسين فهمي : الحسبة في الشريعة الاسلامية ، المجلة الجنائية القومية المصرية ، المجلد ٤ لعام ١٩٦١ عدد ٣ ص ٣٧٧ حتى ٤٠٧ .

(٢) يعتبر الدكتور صبحي محمصاني هذه الاختصاصات نوعاً من الشرطة البلدية (الأوضاع التشريعية ص ١٨٥) .

(٣) التطفيف : النقص

(٤) الأستاذ علي حسن فهمي : ذات المرجع ص ٣٨٧ .

(٥) الدكتور محمود محمود مصطفى : تطور قانون الاجراءات الجنائية في مصر والدول العربية رقم ٣٢ ص ٣٥ وما بعدها .

(٦) كان إجراء التوقيف ينفذ في صدر الاسلام على وجه يراعى فيه احترام الانسان ، فكان لا ينفذ في مكان ضيق يعوق الحركة ، وكان يلزم أن يكون المكان صالحاً للوضوء والصلاة ، لا يتمكن فيه أحد المسجونين من الاطلاع على عورة آخر ، وأن يتوافر فيه الدفء في الشتاء والهواء في الصيف . وفي الجملة كان لا يقصد به تعذيب وإنما مجرد تعويق ، ولذلك كثيراً ما كان ينفذ في المساجد تحت رقابة الحراس . وهناك خلاف بين فقهاء الشريعة حول مدة التوقيف ، فقيل انها لا تزيد عن شهر وقيل انه يترك تقديرها للقاضي . (الدكتور محمود مصطفى ذات المرجع ص ٣٦ هامش رقم ١) .

فإذا اعترف ، فإن القاضي يحكم بإدانته بناء على اعترافه . ولكن يشترط لصحة الأخذ بالاعتراف الشروط الآتية : ١ ـ أن يكون الإقرار صادراً من شخص عاقل حر الاختيار . ٢ ـ أن يقتنع القاضي بصحته ، فلا يكون هزلياً ولا يقصد به تخليص المجرم الحقيقي . فكثيراً ما كان يحصل أن يُقر الخادم على نفسه بجريمة قتل ارتكبها سيده ، فلا يؤخذ بمثل هذا الاقرار . والاقرار حجة على المقر وحده ، فلا يترتب عليه أثره بالنسبة لما ورد فيه عن الغير .

والراجح لدى فقهاء الشريعة أن المدعى عليه لا يحلف يمين الشاهد قبل سؤاله ، حتى لا يوضع في حرج بين مصلحته والحنث بيمين الله ، فإن حلف كان ذلك مبطلاً لإقراره[١] . ويلتقي هنا القانون الوضعي وأحكام الشريعة الاسلامية .

أما إذا أنكر المدعى عليه ما نسب اليه ، فإن القاضي يلجأ الى وسائل الإثبات الأخرى وأهمها شهادة الشهود[٢] .

وأما القرائن[٣] ، فالرأي متفق على الأخذ بالقرائن القاطعة . أما القرائن غير القاطعة أو الدلائل ، كمشاهدة شخص يحمل سكيناً ملوثاً بالدماء خارجاً من منزل قتل فيه انسان ذبحاً ، فقد اختلف الفقهاء في اعتبارها دليلاً ، والراجح لديهم هو أنها لا تعد دليلاً كاملاً ، وإنما يصح الاسترشاد بها كما يسترشد بشهادة الصغير .

والأصل في القضاء الاسلامي أن يصدر الحكم فور انتهاء المحاكمة دون أي تأخير مبرر ، ولم يكن للحكم أي صيغة معينة ، وكل ما يشترط فيه أن يكون قاطعاً لا تردد فيه ، أي أن يبنى على اليقين وليس على مجرد الظن أو الاحتمال[٤] .

الإثبات في الجرائم الواردة في القرآن[٥] : إن القرآن الكريم لم ينص إلّا على عدد قليل من الجرائم حددت لها عقوبات معينة ، من حدود وقصاص ، تحديداً ثابتاً ، ذا حد واحد . فمتى ثبت للقاضي أن المدعى عليه ارتكب جريمة من هذه الجرائم ، فعليه أن يقضي بعقوبتها دون تخفيف أو تشديد . كما أن العفو في جرائم الحدود لا يجوز . أما في جرائم القصاص ، فإن عفو المجنى عليه جائز ، والسبب في ذلك أن جرائم الحدود تتعلق بالمصلحة العامة ، بينما تتعلق جرائم القصاص بمصلحة الأفراد . ويقابل هذا التشديد في جرائم الحدود أن الشريعة الاسلامية وضعت لكل جريمة من هذه الجرائم شروطاً تؤدي الى تضييق نطاقها . كما أنها تشددت في الإثبات فحصرته في طرق معينة

(١) الدكتور محمود مصطفى . المرجع السابق رقم ٣٢ ص ٣٦
(٢) يراجع فيها حص هذه البينة لاحقاً رقم ١١٢ و١١٩ .
(٣) يراجع أيضاً فيها حص القرائن لاحقاً رقم ١٢١
(٤) الدكتور محمود مصطفى . المرجع السابق رقم ٣٢ ص ٣٧ ورقم ٣٣ ص ٣٧ .
(٥) الدكتور محمود مصطفى . المرجع السابق رقم ٣٤ ص ٣٧ - ٣٨

وفضلاً عن ذلك ، فإنها تجعل كل شبهة في مصلحة المدعى عليه ، فقد قررت مبدأ هاماً هو درء الحدود بالشبهات . وهذا المبدأ نجد صداه في القانون الوضعي في مبدأ « الشك يفسر لمصلحة المدعى عليه » .

ففي جريمة السرقة لا يُقضى بالحد ، وهو قطع اليد ، إلاّ بشروط ، وهي أن يكون السارق مكرراً[1] ، وألاّ تقل قيمة المسروق عن نصاب معين ، وأن يكون محفوظاً في حرز ، وأن يكون مملوكاً ملكية خالصة لمن سُرِقَ منه ، وألاّ يكون المسروق من الأموال سريعة التلف ، وأخيراً ألاّ يوقع الحد إلاّ اذا تمت السرقة كاملة .

وفي الزنى ، لا يقضى بالحد وهي مائة جلدة ، إلاّ إذا كان الزاني متزوجاً ، ويشترط لإثبات الزنى شهادة أربعة ، ليس فيها شهادة امرأة أو شهادة سماعية ، فإذا كان الدليل هو الاعتراف ، فيجب أن يتكرر أربع مرات في مجالس مختلفة أسوة بالشهادة .

أما درء الحدود بالشبهات أو بالشك ، فقد جعل فقهاء الشريعة يتشددون في الإثبات الذي يؤدي الى إقامة الحد . فاشترطوا شهود رؤيا للركن المادي في الجريمة ومكانها وزمانها ، وأن تتفق شهاداتهم وألاّ يَعْدل أحدهم عن شهادته ، وألاّ تكون هناك شهادة تنفيها . واشترطوا للأخذ باعتراف المدعى عليه ألاّ يعدل عنه .

ومن ثم كان تطبيق الحدود نادر الحصول عملاً ، ولا زال كذلك في دولتين عربيتين تتمسكا بتطبيق أحكام القرآن ، وهما المملكة العربية السعودية واليمن .

وليس معنى امتناع تطبيق الحد الاّ توقع عقوبة على المدعى عليه ، وإنما إذا اقتنع القاضي بارتكابه الجريمة ، دون أن تتوافر الشروط السابقة المتعلقة بأركان الجريمة أو بأدلة الاثبات ، فإنه يوقع عقوبة تعزيرية يقدّرها هو حسب ظروف المجرم . وعلى هذا الأساس تعتبر نصوص قوانين العقوبات في الدول العربية غير متعارضة مع أحكام القرآن ، فهي تطبق في الحالات التي لا تتوافر فيها شروط تطبيق الحدود[2] .

وعلى هذا نصت المذكرة التفسيرية لقانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ بقولها انه :

« ليس هناك أي تعارض بين قانون الجزاء الذي يصدر اليوم في الكويت وأحكام الفقه الاسلامي . . . ذلك أن الفقه الإسلامي ، فيما عدا الحدود ، فتح باب التعزير واسعاً للقاضي يدخل منه الى تحديد الأعمال المعاقب عليها وإلى تقرير العقوبة في كل عمل . فإذا جاء ولي الأمر ورسم للقاضي حدوداً واضحة لهذه الأعمال وتقديراً مرناً لهذه العقوبات ، فإنه لا يخرج على المبادىء المسلم بها في الفقه الاسلامي ، ويكون هذا من

---

(١) فنص القرآن على السارق وليس على السرقة ، والسارق هو من اعتاد على السرقة .

(٢) الدكتور محمود مصطفىٰ : المرجع السابق رقم ٣٤ ص ٣٧ ـ ٣٨ .

باب تخصيص القضاء ، والقضاء يتخصص بالمكان والزمان وبالموضوع وبالأشخاص كما هو معروف عند الفقهاء » . وجاء في ذيل هذه المذكرة ما يأتي : « كل الجرائم الواردة في هذا القانون إنما هي من ضروب التعزير ، خصص ولي الأمر فيها القضاء من حيث الموضوع فأوجب عليه أن يحكم في هذه الجرائم دون غيرها ، وأن يحكم بعقوبات عيّن له حدودها القصوى فلا يجاوزها ، ولكن يجوز له أن ينزل عنها الى الحد الذي يراه ، ناظراً في ذلك الى ظروف كل قضية وما يحيط الجاني من ملابسات شخصية . وليس في كل ذلك إلاّ مسايرة للمبادىء المقررة في باب التعزير ، كما دونها فقهاء الشريعة »[1] .

(٤) قضاء الأحوال الشخصية والمواريث :

قضاء الأحوال الشخصية : ويشمل النظر في القضايا التالية : ١ ـ الولاية على الأيامى في عقود نكاحهن من أكفائهن عن عدم وجود أولياء لهم . ٢ ـ الولاية على فاقدي الأهلية من الصغار والمجانين والمحجور عليهم من السفهاء . وكذلك حفظ أموال الغائبين . ٣ ـ تقدير نفقة الزوجة والأقارب والحكم بها . ٤ ـ النظر في الأوقاف والوصايا[2] .

قضاء المواريث : قواعد الإرث ضرب من الرياضيات ، لا يمكن اتقانُها إلاّ بعد تمرين وممارسة . ولقد كان عليّ بن أبي طالب من أعلم الصحابة بالمواريث . ولهذا قال النبي عنه :

« أقضاكم عليّ » . وقد عُرِفَ في بعض فترات التاريخ الاسلامي أن وُجِد قاض متخصص في المواريث ، فقد جاء عند البعض[3] : « إن أبا الجيش فوّض الى القاضي محمد بن عبدة بن حرب مع القضاء النظر في : المظالم ، والمواريث » .

(٥) قضاء المظالم أو القضاء الإداري :

وهو سلطة قضائية تنظر في ظلامات الأفراد والجماعات من الولاة والجباة والحكام ، وأبناء الخلفاء والأمراء والقضاة . وكان بعض ما يختص بنظره قاضي المظالم ما لا يحتاج الى ظلامة متظلم وإنما ينظره من تلقاء نفسه : مثل تعدي الولاة على الأفراد أو الجماعات من الرعية ، وجور الجباة فيما يجبونه من الأموال ، ورد ما اغتصبه ولاة الجور وأصحاب النفوذ والبطش . وبعضها موقوف نظره على طلب من المتظلم : مثل تظلم المرتزقة من نقص أرزاقهم أو تأخرها عنهم وإجحاف النظر بهم ، وتنفيذ أحكام القضاة التي تعذر تنفيذها لعلو قدر المحكوم عليه وعظم خطره[4] .

---

(١) هذه المذكرة التفسيرية مذكورة عند الدكتور محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص ٣٩ هامش رقم ١ .

(٢) الدكتور صبحي محمصاني المجتهدون في الحق ص ١٣٥

(٣) الكندي : الولاة والقضاة ص ٥١٦ .

(٤) أبو الحسن الماوردي : الأحكام السلطانية ص ٨٩ وما بعدها .

وأغلب هذه الأمور تتعلق بمقاضاة رجال الدولة ، كما تتعلق بتظلم موظفي الدولة من تعسف رؤسائهم ، ولهذا فهو أشبه ما يكون بالناحية الغالبة على اختصاصاته بالقضاء الإداري[1] .

ومن شروط الناظر في المظالم أن يكون جليل القدر ، نافذ الأمر ، عظيم الهيبة ظاهر العفة ، لأنه يحتاج في نظره الى سطوه الحماة وتثبت القضاة[2] .

وقضاء المظالم عُرِفَ من قديم، فقد كان ملوك الفرس يرونه من قواعد الملك وقوانين العدل الذي لا يعم الصلاح إلاّ بمراعاته ، وأدرك العرب في الجاهلية ما له من أهمية فعقدت قريش حلفاً على رد المظالم وانصاف المظلوم من الظالم[3] .

وكان أول من جلس للمظالم من الخلفاء المسلمين عليّ بن أبي طالب ، وأول من خصص يوماً للمظالم عبد الملك بن مروان . وكان قضاء المظالم يُعقد أولاً في المساجد ، كغيره من المحاكم القضائية ، ثم بنى بعض الملوك له ديواناً ، ومنهم من خصص له بناء مستقلاً وسمّاه دار العدل[4] .

٤٦ - (ثانياً) - الاختصاص حسب قيمة الدعوى :

عرف التنظيم القضائي الاسلامي كذلك تخصيص القاضي بنوع من القضايا التي تكون فيمة النزاع فيها لا تتجاوز مبلغاً معيناً ، كما هو معمول به حالياً في التنظيم القضائي اللبناني . فهذا عمر بن الخطاب يقول لأحد قضاته حين عيّنه : « رد عني الناس في الدرهم والدرهمين » .

ويقول الماوردي في بحث النظر الخاص أو تحديد سلطات القاضي[5] : « فأما النظر الخاص : فهو أن يقلد النظر . . . في نصاب مقدر من المال لا يتجاوزه ، فهذا جائز ويكون مقصور النظر على ما قلد . قال أبو عبد الله الزبيري : لم يزل الأمراء عندنا بالبصرة برهة من الدهر يستقضون على المسجد الجامع قاضياً يسمونه قاضي المسجد يحكم في مايتي درهم وعشرين ديناراً فما دونها ويفرض النفقات ولا يتعدى بها موضعه ولا ما قدر له » .

وقال الماوردي أيضاً[6] : « وإذا قلد النظر في نصاب مقدر بمائتي درهم فنظر فيها

---

(١) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ١٤٢ ؛ الاستاذ علي منصور : المرجع السابق ص ٣٣٢ ؛ الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٥٦٩ حتى ٥٧٤

(٢) أبو الحسن الماوردي . الأحكام السلطانية ص ٨٦ .

(٣) الدكتور محمد سلام مدكور . المرجع السابق ص ٨٧

(٤) الدكتور محمد سلام مدكور . المرجع السابق ص ١٤٥

(٥) أدب القاضي جـ ١ رقم ١٥٦ ص ١٧٣

(٦) أدب القاضي جـ ١ رقم ١٥٨ ص ١٧٤

بين خصمين ، جاز أن ينظر بينهما ثانية في هذا المقدار ، وثالثة .

وإذا كان بين شريكين أربعماية درهم ، فأراد أن ينظر فيهـا ، جاز ، إذا كـانت دعوى الشريكين متفرقة ، ولم يجز إن كانت دعواهما واحدة .

وإذا أراد أن ينظر في عروض قيمتها مائتا درهم ، جاز ؛ ، إلاّ عن نهي ، تغليبـاً لحكم التقدير ، دون الجنس . . » .

٤٧ ـ (ثالثاً) ـ الاختصاص الشخصي للمحاكم :

الاختصاص قد يكون محدوداً بالأشخاص كأن يقتصر على بعض أهل البلد : كأن يكون القاضي للعرب أو للعجم فقط دون غيرهم[١] ، أو أن يكون قاض للجنـد دون غيرهم .

قاضي الجند أو العسكر : وكذلك فقد خصص قضاة للجند أو العسكـر ، فقد ذكر البعض[٢] : « وإن كان قاضي عسكر ، وصيّ بنحو ما يوصى به القـاضي ، وان يتخذ معه كاتباً يكتب للناس . وأن يقبل من الجند من كان ظاهره العدالة . . وأن يكون لـه منزل معـروف ، يُقصد فيـه إذا نصبت الخيام ، وأحسن مـا يكون ذلـك عند يمـين الأعـلام السلطانية » ، ثم أشـار الى بعض اختصاصـاته فقـال : « وأن يكون مستعـدا للأحكام التي يكثر فصلها في العسكر : كالغنائم ، والشركة ، والقسمة ، والمبيعات ، والرد بالعيب . وأن يسرع في فصل القضاء بين الخصوم ، لئلا يكون في ذلك تشاغل عن مواقع الحرب ومقدماته » .

٤٨ ـ (رابعاً) ـ الاختصاص المكاني للمحاكم :

الاختصاص المكاني للمحكمة هو أن يقيد القاضي بالقضاء في بلدة معينة أو منطقة معينة ، فلا يكون له اختصاص على جهة أخرى غيرها .

فقد جاء في تاريخ قضاة الأندلس[٣] : « المنصوص جواز قاضيين في بلد واحد أو أكثر ، كل مستقل ومختص بناحيته . . » .

وجاء عند الماوردي[٤] : « ويجوز أن يكون القاضي عـام النظر خـاص العمل ، فيقلد النظر في جميع الأحكام في أحد جـانبي البلد أو في محلة معينة منـه ، فينفذ جميـع

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني · المحتهدون في الحق ص ١٣٧ .

(٢) القَلْقَشندي : صبح الأعشى جـ ١١ ص ٩٦ مذكور عند القاسمي ص ٢٦٠
وانظر في الموضوع الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٢٥٨ حتى ٢٦٣

(٣) النباهي المالقي · ص ١٤٠

(٤) الأحكام السلطانية ص ٨١

أحكامه في الجانب الذي قلده والمحلة التي عينت له ، وينظر فيه بين ساكنيه والطارئين اليه » .

الأصل في الاختصاص محكمة مقام المدعى عليه : وقال الماوردي في أدب القاضي[1] : « فإن أراد الطالب أن يستعدي قاضي المطلوب على خصمه ، وجب عليه أن يعديه ، ويحكم بينهما ، في جانبه ، لحصولها في عمله » .

ثم أضاف الماوردي[2] : « فإذا اجتمعا ـ القاضيان ـ على سماع الدعوى ، تفرد بالحكم بينهما قاضي المطلوب ـ أي قاضي المدعى عليه ـ دون الطالب » .

(١) جـ ١ ص ١٥٧ .

(٢) أدب القاضي جـ ١ ص ١٦٢ .

الفصل الثالث
قواعد المحاكمة والإثبات والحكم

٤٩ ـ تقسيم :

سيقسم هذا الفصل على النحو الآتي :

المبحث الأول : قواعد المحاكمة .

المبحث الثاني : الإثبات أمام القضاء الإسلامي .

المبحث الثالث : الحكم .

المبحث الأول
قواعد المحاكمة في الإسلام

(أ) إجراءات المحاكمة :

٥٠ ـ (أولاً) ـ التهيء لمجلس القضاء بالصلاة والدعاء :

جاء في أدب القاضي للماوردي عند بحثه آداب القاضي[1] : « ويصلي عند التأهب للجلوس ركعتين . . ويدعو الله بعدها . . وكان رسول الله إذا خرج من بيته قال : اللهم أني أعوذ بك أن أزلَّ أو أُزَلَّ ، أو أضِلَّ أو أُضَلَّ ، أو أَظْلِمَ أو أُظْلَمَ ، أو أجهل أو يُجهَل عليّ . . . أو أعتدي أو يُعتدى علي . اللهم أعني بالعلم ، وزيِّني بالحكم ، وأكرِمْني بالتقوى ، حتى لا أنطقَ إلاّ بالحق ، ولا أقضي إلاّ بالعدل .

« ويستحب أن يقول هذا إذا جلس للحكم ، ثم يشرع في نظره . . » .

وجاء في كتاب تأريخ قضاة الأندلس[2] عن القاضي محمد بن محمد اللخمي انه :

---

(١) جـ ١ رقم ٢٨٥ ص ٢١٨ .

(٢) النباهي المالقي ، ص ١٣٤ .

« كان من شأنه ـ إذا اتى المسجد للحكم فيه بين الناس ـ يتركع ، ويتضرع الى الله ، ويلحّ في الدعاء ، ويسأله أن يحمله على الحق ، ويُعينه عليه ، ويرشده للصواب . وإذا فرغ من الحكم ، يتركع ، ويستقبل الله تعالى ، يسأله العفو والمغفرة عما عسى أن يكون صدر عنه ، مما تلحقه تبعَة في الآخرة » .

٥١ ـ (ثانياً) ـ ملبس القاضي :

يقول الماوردي [١] : « فأمّا اللباس فينبغي أن يختص بأنظفها ملبساً ، ويخص يوم نظره بأفخر لباسه جنساً ، ويستكمل ما جرت به العادة بلبسه ، من العمامة والطيلسان ، وأن يتميز بما جرت به عادة القضاة من القلانس ، والعمائم ، والطيالسة السود . . ويكون نظيف الجسد ، بأخذ شعره ، وتقليم ظفره ، وإزالة الرائحة المكروهة من بدنه . . . » .

٥٢ ـ (ثالثاً) ـ مجلس القاضي أو قاعة المحاكمة :

يقول الماوردي [٢] : « وأما مجلسه في الحكم ، فينبغي أن يكون فسيحاً ، لا يضيق بالخصوم ، ولا يسرع فيه الملل . . . ويختص فيه بمقعد ووسادة ، لا يشاركه غيره فيها . وليكن جلوسه في صدر مجلسه ، ليعرفه الداخل عليه بديهة النظر . . » .

٥٣ ـ (رابعاً) ـ الجلوس للقضاء بصفاء فكر وسكون قلب :

فإذا أراد القاضي الجلوس للقضاء : « فليجلس وهو فارغ القلب ، لا يهمه إلاّ النظر في أمور المتظلمين ، وان تغيرت حاله بغضب أو غم أو سرور مفرط أو وجع ، أو اعتراه نوم أو جوع ، فليقم الى أن يزول ما به ثم يجلس » [٣] .

ذلك أن من آداب القاضي أن لا يتصدى للمحاكمة إذا كان فكره مشوشاً يمنعه من صفاء التفكير والفهم والقضاء [٤] . لذا ، قال الماوردي أنه إذا لحق القاضي حال ، تغير فيها عقله أو خلقه أو فهمه ، من غضب أو حزن أو فرح أو مرض أو جوع أو عطش ، توقف عن القضاء حتى يعود الى سكون نفسه ، وكمال عقله ، وهدوء طبعه ، وظهور فهمه . واستشهد ، بخصوص الغضب بحديث شريف : « لا ينبغي للقاضي أن يقضي بين اثنين وهو غضبان » [٥] .

٥٤ ـ (خامساً) ـ إعلام الناس عن الشروع في المحاكمة :

جاء عند البعض [٦] : ان القاضي شريح : « إذا جلس للقضاء ، ينادي منادٍ من

---

(١) أدب القاضي جـ ٢ رقم ٢٩٤٣ ص ٢٤٢ ـ ٢٤٣ .

(٢) أدب القاضي جـ ٢ ص ٢٤٠ .

(٣) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٤٨ .

(٤) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في الحق ص ١٤٤ .

(٥) أدب القاضي جـ ١ ص ٢١٣ .

(٦) وكيع . أخبار القضاة جـ ٢ ص ٣٩٢ .

جانبه : يا معشر القوم . اعلموا أن المظلوم ينتظر النصر ، وأن الظالم ينتظر العقوبة ، فتقدموا يرحمكم الله . . . » .

٥٥ - (سادساً) - الأصل علانية المحاكمات :

إن الذي كان عليه قضاء النبي محمد ﷺ والخلفاء من بعده ، هو العلانية في المسجد أو في مكان عام كالسوق لا يمنع أحد من دخوله . فالأصل في القضاء الإسلامي هو العلانية حتى تكون الدعوى معلومة فيدخل في الخصومة من يجد أنها تتعدى اليه ، إلّا إذا رأى القاضي نظر الخصومة بعد ذلك في جلسة خاصة لمصلحة تقتضي ذلك[١] .

٥٦ - (سابعاً) - سَمَت ووقار القاضي[٢] :

« وأما سَمَته : فينبغي أن يكون في مجلس الحكم غاضّ الطَرْف[٣] ، كثيرَ الصمت ، قليلَ الكلام ، يقتصر كلامه على سؤ ال أو جواب ، ولا يَرفع بكلامه صوتاً ، إلّا لزجر أو تأديب ، وليقلّل الحركة والإشارة ، وليقف من أعوانه بين يديه من يستدعي الخصوم اليه ، ويرتب مقاعد الناس في مجلسه ، ويكون مهيباً ، مأموناً ، لينصان به مجلسُه ، وتَكْمُل به هيبتُه »[٤] .

٥٧ - (ثامناً) - إدخال الخصوم :

ويقول الماوردي في آداب القضاة مع الخصوم[٥] : « ويبدأ بالنظر بين من سبق من الخصوم ، ولا يقدم مسبوقاً إلّا باختيار السابق . ويجمع بين الخصمين في دخولهما عليه ، ولا يستدعي أحدهما قبل صاحبه ، فتظهر به ممايلة المتقدم ، وتضعف فيه نفس المتأخر ، بل يسوّي في المدخل بين الشريف والمشروف[٦] ، والحر والعبد ، والكافر والمسلم » .

٥٨ - (تاسعاً) - سقوط سنّة السلام أو التحية :

« وحضور الخصوم في المحاكمة يسقط عنهم سنّة السلام ، فإن سلّما جميعاً رد القاضي عليهما وان سلّم أحدهما . . . فقد منع بعض الفقهاء من الرد . . . لأن الخصم أوقع السلام في غير موقعه ، فلم يستحق الرد عليه »[٧] .

٥٩ - (عاشراً) - أنصاف الخصوم :

قال الماوردي[٨] : « قال الشافعي : وينبغي للحاكم أن ينصف الخصمين في

---

(١) الدكتور محمد سلام مدكور . المرجع السابق ص ٤٩

(٢) السَمَت : الهيئة والوقار (معجم الرائد ص ٨٣٧)

(٣) الطَرْف : البصر (المنجد في اللغة ص ٤٨٠)

(٤) الماوردي . أدب القاضي حـ ٢ رقم ٢٩٤٥ ص ٢٤٤ .

(٥) أدب القاضي جـ٢ رقم ٢٩٦٩ ص ٢٤٩ .

(٦) المشروف : الأكثر شرفا (المنجد في اللغه ص ٣٩٥)

(٧) الماوردي · أدب القاضي جـ ٢ ص ٢٥٨

(٨) أدب القاضي حـ ٢ ص ٢٤٠ و ٢٤١ .

المدخل عليه ، للحكم ، والاستماع ، والإنصات لكل واحد منهما ، حتى تَنْفَد حجته ، ولا ينتهرهما .

« واعلم أن القضاة زعماء العدل والانصاف ، نـدبوا لأن يتنـاصف بهم الناس ، فكأن أولى أن يكونوا أنصف الناس .

« وروي . . ان النبي قـال : من ابتُلي بـالقضاء بـين الناس ، فليعـدل بينهم في لحظه ، وإشارته ، ومقعده ، ولا يرفع صـوته عـلى أحد الخصمـين ، ما لم يـرفع عـلى الآخر » .

٦٠ ـ (حادي عشر) ـ العدل والمساواة بين الخصوم في المحاكمة :

عـلى القاضي أنْ يـراعي العدل والمسـاواة في المعامـلات المتعلقة بـالخصوم أثنـاء المحاكمة . ومعنى ذلك ، بعبارة الماوردي[١] ، التسوية بين الخصوم في المدخل واللحظ واللفظ والمجلس ، من دون تمييز بين الشريف والمشروف ، والحر والعبد ، والمسلم وغير المسلم . فقـد روي عن الخليفة عمـر أنه تقـاضى وأبيّ بن كعب الى القاضي زيـد بن ثابت ، في قضية بينهما . فقصداه في داره ، فقال زيد لعمر : « لو أرسلت إليّ لجئتك » . فقال عمر: « في بيته يؤ تى الحكم » . فأخذ القاضي زيد وسادته ليجلس عليها الخليفة عمـر ، فقال عمـر : « هذا أول جـورك ، سوِّ بيننـا في المجلس » ، فجلسا بـين يديـه وسارت المحاكمة على أساس المساواة في المعاملة بين الخصمين . وهذا ما يؤ يد ما جاء في كتاب عمر الى قاضيه أبي مـوسى الأشعري : « وأسِ بـين الناس في وجهـك وعدلـك ومجلسك ، حتى لا يطمع شريف في حيفك ، ولا ييأس ضعيف من عدلك »[٢] .

وشبيه بما ذكر لمن رجلاً إدّعى على الإمام علي ، إذ كان في مجلس عمر ، فالتفت عمر الى الإمام علي وقال له : « قم يا أبا الحسن ، فاجلس مع خصمك » . فقام الامام علي ، فجلس معه ، وتناظرا . ثم انصرف المدعي ، ورجع علي الى محله ، وهو ممتقع اللون . ولمّـا سأله عمر عما به ، أجاب : « كنّيتني بحضرة خصمي . هلاّ قلت : قم يا علي ، فاجلس مع خصمك » . فاعتنق عمر علياً ، وقبّـل وجهه ، وهو يقول : « بأبي أنتم ، بكم هدانا الله ، وبكم أخرجنا من الظلمة الى النور »[٣] .

وكذلك روي عن القاضي أبي يوسف أنه سمع دعوى اليهودي على الخليفة العباسي هارون الرشيد .

فهل ابلغ من هذه الأمثلة دليلاً على عدالة القضاء في الاسلام ، إذ يقف فيه رئيس

---

(١) أدب القاضي جـ ٢ ص ٢٤٩ وما بعدها

(٢) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في الحق ص ١٤٦

(٣) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٥٩ .

الدولة الاسلامية في المحاكمة جنباً الى جنب مع أحد أفراد الرعية ولو كان من غير المسلمين ؟

وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٧٩٩ من مجلة الأحكام العدلية : « القاضي مأمور بالعدل بين الخصمين بناء عليه يلزم عليه أن يراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحاكمة كاجلاس الطرفين واحالة النظر وتوجيه الخطاب اليهما ولو كان أحدهما من الأشراف والآخر من آحاد الناس » .

٦١ - (ثاني عشر) - سؤال الخصوم عن الدعوى :

ثم يسأل القاضي عن الدعوى بعد التأكد من استيفائها وصلاحيتها لأن تسمع ، وليس لأحد الخصوم أن يبدأ الكلام قبل أن يأذن له القاضي . ثم يبدأ الطالب أي المدعي بالكلام ، وليس للمطلوب أو المدعى عليه أن يعارضه قبل استيفاء دعواه ، وإلا منعه القاضي . ثم إذا أنفذ الطالب حجته ، تكلم المطلوب . وعلى كل حال يجب أن يكون كلام الخصم مقصوراً على الدعوى .

وإذا ظهر للقاضي من أحد الخصمين « لَدَدٌ » أي شدة في الخصومة ، نهاه القاضي وزجره . وإذا تطاول بالشتم والفحش والتمانع عن الحق والخروج عن الواجب ، كان للقاضي أن يؤدّبه ويحبسه[1] .

ويجوز امهال المدعى عليه للجواب اذا طلب ذلك دون قصد المماطلة[2] .

٦٢ - (ثالث عشر) - القاضي لا يلقن الخصوم :

ومن العدالة في المحاكمة أن لا يلقّن القاضي أحد الخصمين ، ولا يضحك اليه ولا يمزح معه ولا يتطلف به ولا يلقنه حجته ، لأن هذه الأشياء كلها تهمة وعليه الاحتراز عنها .

وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٧٩٨ من مجلة الأحكام العدلية على أنه : « يجب على القاضي أن لا يعمل أعمالاً تسبب التهمة وسوء الظن . . كالاختلاء (مع أحد الخصمين) في مجلس الحكم ، والإشارة لأحدهما باليد أو بالعين أو بالرأس ، أو التكلم مع أحدهما كلاماً خفياً ، أو تكلمه مع أحدهما بلسان لا يفهمه الآخر » .

٦٣ - (رابع عشر) - تأمين حق الدفاع :

إذا كان من حق المدعي أن تسمع دعواه وتعرف مطالبيه ، فإن للمدعى عليه أيضاً حق الدفاع عن نفسه ، وذلك بالاعتراض على البينة المقدمة من المدعي ، أو بتقديم أوجه الدفاع عن حقوقه وسماع دفوعه بشأن الدعوى .

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في الحق ص ١٤٧

(٢) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٥١ .

وقد قال الامام علي ، عندما بعثه النبي قاضياً الى اليمن : « تبعثني الى قوم أسنّ مني ، وأنا حديث لا أبصر القضاء ، فوضع الرسول يده على صدري ، وقال اللهم ثبّت لسانه ، وأهدِ قلبه . يا علي ، إذا جلس اليك الخصمان ، فلا تقض بينهما حتى تسمع من الآخر ، كما سمعت من الأول . فإنك اذا فعلت ذلك ، تبين لك القضاء . أو قال : فإنك تدري بما تقضي » .

وتدليلاً على حق الدفاع في القضاء الإسلامي ، رويت حادثة طريفة عن عمر بن الخطاب . وتتلخص في أنه أتى عمراً رجل فقئت عينه ، فطلب اليه عمر إحضار خصمه . ولما تردد ، قال له عمر : « فلعلك قد فقأت عينيّ خصمك معاً » . وبالفعل لما حضر الخصم ، تبين أنه قد فقئت عيناه الإثنتان . فقال عمر : « اذا سمعت حجة الآخر ، بانَ القضاء » . ولم يعرف لعمر في ذلك مخالف من الصحابة[1] .

٦٤ ـ (خامس عشر) ـ سماع الشهود :

تدوين اسماء الشهود وصفاتهم : ذكر البعض[2] أنه يجب على القاضي « أن يثبت أسماء الشهود (وكناهم ، ويرفع في أنسابهم ، ويذكر ما هم عليه) من صنائع ومكاسب ، وبقاع مساكنهم ، ويثبت حُلاهم وأوصافهم . . . لئلا تشتبه الأسماء والأنساب .

تفريق الشهود : وذكر هذا البعض أيضاً[3] أن الشافعي قال : وأحب اذا لم يكن للشهود عقول سديدة أن يفرقهم ، ثم يسأل كل واحد منهم على حدته ، عن شهادته ، واليوم الذي شهد فيه ، والموضع ومنَ فيه . . واختبارهم يكون بتفريقهم وسؤال كل واحد منهم على انفراده عن صفة شهادته ، في سببها ، وزمانها ، ومكانها ، لورود الشرع بها عند الارتياب . . . وحُكي أن سبعة خرجوا في سفر ففقد واحد منهم ، فجاءت امرأته الى علي بن أبي طالب تدعي عليهم قتله ، ففرقهم وأقام كل واحد منهم الى سارية (ووكل به رجلاً) ، واستدعى أحدهم وسأله فأنكر ، فقال علي « الله أكبر » فظنوا حين سمعوا تكبيرهُ أنه كبّر على إقرار الأول ، ثم استدعاهم واحداً بعد واحد ، فأقروا ، فقال الأول : أنا ما أقررت . فقال : قد شهد عليك أصحابك » .

التثبت من عدالة الشاهد باليمين : من شروط قبول الشهادة أن يكون الشاهد عدلاً ومحايداً[4] . وإذا كان الظاهر هو العدالة في الناس ، إلاّ أن هذا لا يمنع القاضي من وجوب البحث والتحري عن حقيقة عدالة الشاهد ، كما كان يفعل الخليفة عمر .

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني . تراث الخلفاء الراشدين ص ١٨٨ و ١٨٩ .

(٢) الماوردي أدب القاضي جـ ٢ رقم ١٨٦٩ ص ١٥ .

(٣) الماوردي أدب القاضي جـ ٢ رقم ١٨٧٤ ص ١٧ و ١٨ .

(٤) يراجع في حياد الشهود وعدم تحيزهم وموانع الشهادة . لاحقاً فقرة ٦٩ رقم ٢ .

حيث كان يسأل الشاهد عن معرفته بالمدعي ، وعن ظروف ذلك . وكان يلجأ الى تزكية الشاهد اذا اقتضى الأمر ، وذلك بالتحقيق عن عدالته .

وكان بعض الخلفاء الراشدين يحلّفون الشاهد اليمين للتثبت من عدالته . فقد رُوي ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، وعن الإمام علي في إحدى الروايتين عنه .

القاضي لا يتعنت شاهداً : « قال الشافعي[1] · ولا يتعنت شاهداً . وهذا صحيح . وعَنَتُ الشاهد قد يكون من القاضي ، من أحد ثلاثة أوجه · أحدها ـ إظهار التنكر عليه ، والاسترابة به ، وهو طاهر الستر ، موفور العقل . والثاني ـ أن يسأله · من أين علمتَ ما شهدت ، وكيف تحملت ، ولعلك سهوتَ . والثالث ـ أن يتتبعه في ألفاظه ، ويعارضه . . . . لأن عنت الشاهد قدح فيه ، وميلٌ على المشهود له ، ومُفضٍ الى ترك الشهادة عنه . وهكذا لا يجوز أن يضجر على الشاهد ، ولا ينتهره ، لأن الضجر والانتهار عَنَت » .

القاضي لا يلقن الشاهد شهادة : كان القاضي شريح يقف موقف القاضي المحايد في سماع البينة ، فلا يلقن الشهود شهادة . وكان يقول للشاهدين إذا كان كلاهما مبهماً ، أو طعن فيهما الخصم ، « ما أنا دعوتكما ، وما أنا بمانعكما أن تشهدا ، ولئن رجعتما لم أردّكما » . ولكن إذا ترك الشاهد ذكر شيء يحتاج إلى إيضاح ، فقد أجاز شريح للقاضي أن يستوضحه عن ذلك[2] .

وقال الماوردي في أدب القاضي بشأن ذلك : « قال الشافعي[3] : ولا ينبغي أن يلقن شاهداً شهادة . يعني : أنه لا يلقن الشاهد ما يشهد به . ولا يجوز أن يبعث الشاهد على الشهادة ، إذا توقف عنها ، ولا يبعثه على التوقف عنها ، إذا بادر إليها ، إلاّ في الحدود التي تدرأ بالشبهات ، فيجوز أن يعرض له بالتوقف عنها » .

الأصل شفوية الشهادة : فمن القواعد الاجتهادية التي قررها الماوردي أقضى القضاة[4] انه : « لو قال الشاهد بعد أداء رفيقه : أشهد مثل ما شهد به ، لم تصح شهادته حتى يستوفيها كالأول ، لأنه موضع أداء لا موضع حكاية » . وهذا ما يعبر عنه اليوم بقاعدة شفوية الشهادة .

٦٥ ـ (سادس عشر) ـ ضبط وقائع المحاكمة كتابة في محضر :

لم يكن التدوين والتوثيق معروفاً ولا مشروطاً في صدر الإسلام في القضايا ، وإنما

(١) الماوردي · أدب القاضي جـ ٢ ص ٢٥٤

(٢) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٤٤ ـ ٤٥ ، وكيع . اخبار القضاة حـ ٢ ص ٢٥٤ و٢٩٦

(٣) الماوردي · أدب القاضي جـ ٢ ص ٢٥٧

(٤) أدب القاضي · جـ ١ المقدمة ص ٨٠ رقم ٧

كان الخصمان يحضران الى القاضي ويطرحان عليه النزاع ، وبعد أن يتبين وجه الصواب ينطق بالحكم بينهما . ولما تقدمت المدنية ، وازدادت القضايا ، وكان عصر التدوين ، قال الفقهاء ان على القاضي أن يتخذ له كاتباً ، إذ قد يجد أنه لا بد من الكتابة . على أن كتابة وقائع المحاكمة كانت أمراً موقوفاً على رغبة القاضي ، وإذا طلبها الخصوم فيتعين وجوب ذلك وفقاً للمذهب الحنفي والحنبلي . ولما كانت مسألة تدوين المحاضر من المسائل الاجتهادية ، التي لم يرد فيها نص مانع أو آمر ، فإنها تخضع لما تقتضيه مصالح الناس التي يقدرها الحكام ، فإذا أمروا بالتدوين كان ذلك واجباً شرعاً[١] .

(ب) ـ أصول المحاكمة في كتاب عمر الى الأشعري :

٦٦ ـ أهمية الكتاب في رسم أصول المحاكمة والقضاء ·

ويأتي ، بعد سنة النبي[٢] ، على رأس النصوص الخاصة بأصول المحاكمات والقضاء في الاسلام ، الكتاب الذي قيل ان عمر بن الخطاب بعث به الى أبي موسى الأشعري . وقد عمل بعض العلماء على نقله الى اللغات الأجنبية ، وكان الأستاذ اميل تيان ممن ترجمه الى الفرنسية في كتابه « تاريخ التنظيم القضائي في بلاد الاسلام »[٣] .

وقد اعتبره الفقهاء والمؤرخون من جملة النصوص الهامة ، التي تدل على سياسة القضاء وتدبير الحكم في الاسلام ، ولكن بعض العلماء الباحثين ، من القدامى ابن حزم[٤] ومن المحدثين الاستاذين تيان وميّو[٥] ، قد تشككوا في صحة نسبة هذا الكتاب الى عمر بن الخطاب .

وقد ورد هذا الكتاب في مراجع متعددة[٦] ، وقد اعتمدنا على رواية الأستاذ ظافر

---

(١) الدكتور محمد سلام مدكور . المرجع السابق ص ٤٩ .

(٢) السنة يقابلها بالفرنسية كلمة Tradition وليس Coutume التي تعني العرف .

(٣) Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam, op cit., T. 1 p. 23 Marge 3.

ومن ترجمه الى الانكليزية Margoliouth ، والى الألمانية Hammer مذكورين عند الاستاذ تيان بذات المرجع والمكان .

(٤) ابن حزم الأندلسي : المحلى جـ ١ ص ٥٨ وما بعدها مذكور عند ظافر القاسمي ص ٤٤٨

(٥) Tyan : op cit. T. 1 pp 106-113; Milliot op. cit. N° 856 p 692

(٦) ابن خلدون : المرجع السابق ص ١٧٤ ؛ الاستاذ ركي الدين شعبان : المرجع السابق ص ١١ هامش ٢ ؛ الدكتور محمد سلام مدكور . المرجع السابق ص ٢٧ و ٢٨ ؛ أبو الحسن الماوردي : الأحكام السلطانية ص ٨٠ ؛ الرئيس خليل جريج معهد الدروس القضائية في حدمة القضاء ص ٢٤٢ ؛ الدكتور علي شلق : الفاروق عمر بن الخطاب ص ٦٦ وما بعدها بيروت دار المسيرة ، الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٤٣٩ وما بعدها وقد أورد في صفحة ٤٤٤ و٤٤٥ مواضع ورود الكتاب في مراجع أحرى وهي . عيون الأخبار لابن قتيبة حـ ١ ص ٦٦ ـ البيان والتبيين للجاحظ جـ ٢ ص ٦٩ ـ الكامل للمبرد ص ٩ـ المبسوط للسرخسي جـ ١٦ ص ٦٠ حتى ٦٥ ـ السنن الكبرى للبيهقي جـ ١٠ ص ١٨٢ ـ أخبار القضاة لوكيع جـ ١ ص ٧١ وما =

القاسمي في كتابه : « نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الاسلامي ـ السلطة القضائية »(١) ، لأنه تحقق علمياً من جميع الروايات الواردة فيه ، وهذا هو نص الكتاب كما هو وارد عنده :

« أما بعد ، فإن القضاء فريضة محكمة(٢) ، وسنة متبعة(٣) ، فافهم إذا أدلي اليك(٤) ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له .

واسِ بين الاثنين في مجلسك ووجهك(٥) ، حتى لا يطمع شريف في حيفك(٦) ولا ييأس وضيع من عدلك .

« الفهمَ ، الفهمَ فيما يتلجلج في صدرك ، ويُشكل عليك ، ما لم ينزل في الكتاب ، ولم تجرِ به سُنة .

واعرف الأشباه والأمثال ، ثم قِسِ الأمور بعضها ببعض ، فانظر أقربَها الى الله ، وأشبهها بالحق ، فاتبعه واعمَد اليه .

لا يمنعك قضاء قضيتَه بالأمس ، راجعت فيه نفسك ، وهُدِيْتَ فيه لرشدك ، أن ترجع عنه ، فإن مراجعة الحق خير من التمادي في الباطل .

المسلمون عدول بعضهم على بعض ، إلاّ مجلدواً حدّاً(٧) ، أو مجرباً عليه شهادة زور ، أو ظنيناً في ولاء أو قرابة .

واجعل لمن ادّعى حقاً غائباً أمداً ينتهي اليه ، أو بيّنة عادلة ، فإنه أثبت للحجة ، وأبلغ في العذر ، فإن أحضر بينة الى ذلك الأجل أخذ بحقه ، وإلاّ وجهت عليه القضاء .

البيّنة على من ادّعى ، واليمين على من أنكر(٨) .

= بعدها و٢٨٣ و٢٨٤ ـ الأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء ص ٥١ حاشية رقم ١ ـ سنن الدار قطني ص ٥١٢ ـ سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزي ص ١٣٥ ؛ الدكتور صبحي محمصاني . تراث الخلفاء الراشدين ص ١٦٨ .

(١) ص ٤٤٠ حتى ٤٤٢ .

(٢) أي مقطوع بها ليس فيها احتمال الغاء Immuable ولا تأويل (السرحسي في المبسوط جـ ١٦ ص ٥٩ وما بعدها مذكور عند ظافر القاسمي ص ٤٤٥ وسنعتمد ما جاء عنده في شرح عبارات الكتاب التالية)

(٣) طريق مسلوكة في الدين يجب اتباعها على كل حال .

(٤) أي فاسمع كلام كل واحد من الخصمين وافهم مراده .

(٥) أي سوِّ بين الاثنين في مجلس القضاء وفي النظر اليهما .

(٦) الحيف : الظلم .

(٧) الحد : العقاب .

(٨) هذه الجملة مروية عن النبي .

إن الله تولى منكم السرائر[١] ، ودرأ عنكم الشبهات .

وإياك والغَلَق[٢] ، والضجر ، والتأذي بالناس ، والتنكر للخصم[٣] في مجالس القضاء التي يُوجب فيها الله الأجر ، ويُحسن فيها الذخر . فإنه من حَسُنَت نيته ، وخلصت فيها بينه وبين الله ، كفاه الله ما بينه وبين الناس . والصلح جائز فيما بين الناس ، إلاّ ما أحل حراماً[٤] ، أو حرم حلالاً .

ومن تزيَّن للناس ، بما يعلم الله منه غير ذلك ، شأنه الله ، فما ظنك بثواب غير الله في عاجل دنيا ، وآجل آخرة . والسلام » . انتهى .

---

(١) أي أن المحق والمبطل ليس للقاضي طريق الى معرفته حقيقة ، فإن ذلك غيب ، ولا يعلم الغيب إلاّ الله ولكن الطريق للقاضي العمل بما يظهر عنده من الحجة .

(٢) الغَلق : الغضب (المنجد في اللغة ص ٥٨٦) .

(٣) بان يقطب وجهه إدا تقدم اليه خصمان .

(٤) وهده الجملة مروية عن النبي وفيها دليل على جواز الصلح ، وعلى أن القاضي مأمور بدعوة الخصمين الى التصالح

المبحث الثاني

الإثبات أمام القضاء الإسلامي[1]

٦٧ - (أولاً) - أهمية الإثبات :

لا بد للقاضي عند إجراء المحاكمة بين المتخاصمين ، وسماع المدعي وأدلته ، وسماع المدعى عليه ودفاعه ، من معرفة حقيقة وقائع القضية وذلك بالاستعانة بوسائل الإثبات ، وتسمى البيّنات . والبيّنة - كما يقول ابن القيّم - اسم لكل ما يبين الحق ويظهره .

واستثبات الوقائع بطرق البيّنات أمر لازم لإحقاق الحق ، وتفادي الظلم ، وكشف الإدعاءات الكاذبة . وقد تنبه النبي ﷺ الى ضرورة اشتراط الاثبات منعاً للظلم والتجني على الناس ، فقال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم »[2] .

٦٨ - (ثانياً) - عبء الإثبات :

إن من القواعد الكلية في القضاء الإسلامي أن « الأصل براءة الذمة » وأن « البيّنة على المدعي » لاثبات ما يدعيه عكس هذا الأصل

وهذه القاعدة ، المعروفة اليوم في القوانين الحديثة ، تعتبر من المسلمات الفقهية في الاسلام في القديم والحديث . وتعد من الضمانات القضائية الأساسية ، ومن متفرعات الحرية الشخصية في النظام الاسلامي . فبمقتضى هذه القاعدة ، يعتبر الانسان بريئاً من أي جريمة أو التزام ، ومن ثم لا يطاله أي عقاب ولا يجبر على أداء أي شيء أو عمل ،

---

(١) الدكتور محمد سلام مدد، المرجع السابق ص ٧١ - ٩٦ ؛ الدكتور صبحي محمصاني تراث الخلفاء الراشدين ص ١٨٤ حتى ٢٠٤ - المحتهدون في القضاء ص ٤٤ حتى ٧٣

(٢) صحيح مسلم ٥ / ١٢٨

إلّا لسبب مستند الى دليل حاسم يبلغ حد اليقين .

وقد كرّس النبي هذه القاعدة ، بقوله : « البينة على من ادّعى ، واليمين على من أنكر » . وقد تبناها وثبّتها الخلفاء والفقهاء جميعاً . ومنهم الخليفتان عمر وعلي ، اللذان ذكراها وطبقاها في الواقع .

فقد أشار عمر الى هذه القاعدة صراحة في كتابه الى القاضي الأشعري حين قال : « واجعلْ ، لمن ادعى حقاً غائباً أو بيّنة ، أمداً ينتهي اليه . فمن أحضر بيّنة أخذتَ له بحقه ، وإلّا استحللت القضية عليه ، فإن ذلك أنفى للشك ، وأجلى للعمى »[1] .

وكان القاضي شريح يلزم المدعي بإثبات دعواه تحت طائلة ردها ، وكان يقول : « من إدّعى قضائي فهو عليه حتى يأتي ببينة الحق » . ويخاطب المدعي بقوله : « خصمك داؤك ، وشهودك شفاؤك » . ولا يسعني إلّا أن أقضي بما يحضرني من البينة » . « إنما القضاء جمر ، فادفع الجمر عنك بعودين ، يعني الشاهدين »[2] .

٦٩ ـ (ثالثاً) ـ طرق الإثبات :

إن طرق الإثبات أمام القضاء الإسلامي عديدة : بعضها موضع اتفاق بين المذاهب جميعاً ، وبعضها فيه خلاف ، وعلماء الأحناف ذكروا طرقاً للإثبات نظمها الحموي في الأبيات الثلاثة الآتية :

سَأهدي لمن رام القضا طرقاً له	بها يهتدي إن مُظلمُ الخطْبِ أعضلا
يمين وإقرار ، نكول ، قسامة	وبينة علم به يا أخا العلا
كذاك الذي يبدو له من قرائن	إذا بلغت حد اليقين فحصلا[3]

وطرق الإثبات ـ كما يراها ـ ابن قيم الجوزية ـ هي أي حجة تؤيد الدعوى ، وقد أوصلها في كتابه الطرق الحكمية الى ست وعشرين طريقاً ، واستدل عليها بما ورد فيها من قرآن وحديث صحيح أو فعل من أفعال الرسول في السلم أو الحرب ، في السفر أو الإقامة[4] .

لكن كثيراً من الفقهاء ، ومنهم إبن عابدين[5] ، قد حصروها في أمرين : الدعوى ، والحجة .

(١) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٨٥ .

(٢) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٤٤ ؛ وكيع : أخبار القضاة جـ ٢ ص ٢٢٩ و٢٢٨

(٣) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٧٣ ـ ٧٤

(٤) ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار جـ ٤ ص ٣٢٨ و٤٦١ وما بعدها مذكور عند الدكتور مدكور ص ٧٦ هامش رقم ٢

(٥) الدكتور محمد سلام مدكور . المرجع السابق ص ٧٧ .

والدعوى ـ في الإصطلاح الفقهي ـ قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه ، بينما هي عند القانونيين إمكان الإلتجاء الى القضاء ، أما الترافع فليس حقيقة الدعوى عندهم .

وأما الحجة ، فرأوا أنها سبعة أنواع[1] : الإقرار ، والبيّنة ، واليمين ، والنكول ، والقسامة ، وعلم القاضي بما يريد أن يحكم به ، والقرائن الواضحة التي يعتبر الأمر معها في حيّز المقطوع به .

وسنقتصر هنا على الكلام عن أهم هذه الطرق وهي الآتية : الإقرار ، والبينة الشخصية أو شهادة الشهود ، واليمين ، والقرائن ، والأدلة الحسية ، وعلم القاضي

(١) الإقرار :

وهو أقوى هذه الطرق ، ومعناه اعتراف المرء على نفسه . ومن قواعد المحاكمات أن « المرء مؤاخذ بإقراره » . والمادة ٢١٠ من قانون أصول المحاكمات اللبناني الجديد تنص على أن : « الإقرار هو اعتراف خصم بواقعة أو بعمل قانوني مدعى بأيّ منهما عليه . . . » والمادة ٢١١ منه تنص على أن « الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر » .

وللاعتداد بالإقرار على المقر ـ في القانون الوضعي ـ يشترط حصوله بدون تهديد أو إكراه . وهو ما قالت به الشريعة الإسلامية قبل ذلك . فقد روي عن عمر بن الخطاب قوله : إن الرجل ليس بأمين على نفسه ، إذا جوّعته ، أو ضربته ، أو أوثقته . وروي عن القاضي شريح أنه لم يقبل إقرار غلام ضربه مخدومه حتى أقر أنه سرق منه ، فقال شريح : « إنما هو أجيرك ، ولا أجيز اعترافه » . وطلب البينة من المدعي على أن الغلام خانه وسرقه . وكذلك روي عن شريح ، أنه جاءه قوم بإنسان وادعوا أنه جرح آخر ، وتهددوه فأقر . وجاؤ وا عليه بالبينة أنه قد أقر . فرفض القاضي شريح ، لوقوعه تحت تأثير التهديد ، ثم خيّر المدعى عليه بالإقرار أمامه إذا شاء[2] .

لكن التهويل بالضرب الذي لا يؤثر على الإرادة والاختيار لا يعتبر إكراه مفسداً للإقرار ، كما لو أقر شخص بألف ، تحت التهويل بضربه سوط واحد .

وكذلك أجاز عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز حبس المدعى عليه الى أن يقر ، شرط أن توجد في القضية شبهة ضده .

ولا يعتبر الإقرار مشوباً بالإكراه ، إذا حصل بتأثير فراسة القاضي ، كما لو قام

---

(١) ان طرق الاثبات في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد هي : الإثبات بالكتابة ، الإقرار واستجواب الخصوم ، اليمين ، شهادة الشهود ، القرائن ، المعاينة ، الخبرة (المواد : ١٣١ حتى ٣٦٢) وطرق الاثبات في القانون الجزائي هي ذاتها باستثناء اليمين

(٢) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٤٨ ـ ٤٩ .

بتفـريق المدعى عليهم ، واستجـواب كـل منهم عـلى انفـراد ، بصـورة دقيقـة تُـظهـر تنـاقضهم ، وتحملهم على الإقـرار ، كما فعـل الإمام عـلي في إحـدى أقضيتـه سـالفـة الذكر[1] .

ويشترط مبدئياً أن يكون الإقرار حاصـلاً في مجلس القضاء[2] ، كـما يشترط أن يكون صريحاً وكاملاً . وقد روي عن القاضي ابن أبي ليلى قوله[3] : إذا أقر الرجل بمال في ذكر حق من بيع ، ثم قال بعد ذلك لم أقبض المبيع ، فلا يلزمه شيء من المال حتى يأتي الطالب بالبينة أنه قبض المبيع . وقد وافق الإمام الشافعي على هذا القول ، خلافاً للامام أبي حنيفة ، إذ اعتبر المال لازماً للمقر ، ولا يلتفت الى ادعائه اللاحق .

وروي كذلك عن ابن أبي ليلى قوله : إذا أقر الرجل في صك أنه مديون بقرض ، ثم أقام البينة على أن الدين أصله مضاربة ، فيبطل عليه إقراره ، ويجعل عليه مضاربة . لكن أبا حنيفة لم يقبل البينة على عكس الإقرار ، ويرى الزام المقر عملاً بإقراره .

والإقرار الصحيح ملزم للمقر ولا يجوز الرجوع عنه . وقد نصت المادة ٢١٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه : « لا يصح الرجوع عن الإقرار إلاّ لخطأ في الواقع على أن يثبت المقر دلك » .

وقد روي عن القاضي شريح أن رجلاً اعترف عنده بأمـر ، ثم أنكره ، فقضى عليه بإقراره . فاعترض المحكوم عليه ، قائلاً : « أتقضي عليّ بغير بينة ؟ » ، فأجابه : « شهد عليك ابن أخت خالتك »[4] . أي أنك أقررت عـلى نفسك فقضيت عليـك ، على اعتبار ان الاقرار هو شهادة المرء على نفسه .

وكذلك لم يقبل القاضي ابن أبي ليلى الرجوع عن الإقرار حتى في قضايا الحـدود الجزائية . ولكنه اشترط أن يحصل الإقرار بحضور الحاكم . وذلـك خلافـاً للإمـام أبي حنيفة ، الذي جوّز قبول البينة على الإقرار خارج مجلس القضاء[5] .

(٢) البينة الشخصية أو شهادة الشهود :

ماهيتها : عند عدم اقرار المدعى عليه بما ادعاه المدعي ، يتوجب على المدعي أن يقدم البرهـان على صحـة دعواه . ويكـون ذلك غـالباً بـالبينة الشخصيـة التي هي في اصطلاح جمهور العلماء مرادفة للشهـادة . والشهادة عبـارة عن أخبار صـادق في مجلس

---

(١) انظر سابقاً فقرة ٦٤

(٢) الدكتور صبحي محمصاني . تراث الخلفاء الراشدين ص ١٩٠ ـ ١٩١ .

(٣) الدكتور صبحي محمصاني . المجتهدون في القضاء ص ٤٨

(٤) وكيع أخبار القضاة جـ ٢ ص ٢٨٠ .

(٥) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٤٧ ـ ٤٨ .

القضاء بلفظ الشهادة لاثبات حق على الغير[1] . وهي واجبة لقوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ﴾ (الآية ٢٨٢) ، أي لا يمنعوا عن أدائها إذا ما استدعاهم القاضي .

نصابها : الأصل في نصاب الشهادة التعدد ، لقوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى . . استشهدوا سهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين ، فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل احداهما فتذكر إحداهما الأخرى ﴾ (الآية ٢٨٢) . والشهادة ثلاث منازل ، رجلان ، ورجل وامرأتان مع فقد أحد الرجلين ، ورجل واليمين ، على تفصيل بين المذاهب[2] .

هل تقبل شهادة الواحد : على الرغم من أن جمهور العلماء يعتبر نصاب الشهادة في القضايا العاديه هو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، إلاّ ان ابن قيّم الجوزية ، الفقيه الحنبلي ، رأى جواز القضاء بشهادة الرجل الواحد إذا عُرف صدقه في غير الحدود الجزائية حتى من دون يمين المدعي . لأن الله تعالى لم يوجب على القضاة إلاّ يحكموا إلاّ بشاهدين أصلاً ، وإنما أمر فقط صاحب الحق أن يحفظ حقه بشاهدين أو بشاهد وامرأتين ، وهذا لا يدل على أن القاضي لا يحكم بأقل من ذلك[3] .

وقد حكم النبي ﷺ بالشاهد واليمين على ما روى مسلم عن ابن عباس ، وأبو داود عن أبي هريرة ، والبيهقي عن الامام علي . ويروى أن عمر وعلي قضيا بذلك ، كما قضى بشهادة الواحد واليمين القاضي شريح وعمر بن عبد العزيز ، وهذا مذهب الشافعي وأحمد والليث في المال وما يتعلق به .

ورد الآخرون شهادة الواحد مع اليمين ، لأنها خلاف القرآن ، ولأن اليمين انما شرعت في جانب المدعى عليه ولم تشرع في جانب المدعي . وقد جاء الحديث بأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، فجعل الرسول من جانب المنكر .

ومع ذلك ، فإن طائفة من قضاة السلف العادلين أجازوا القضاء بشهادة الشاهد

---

(١) تنص المادة ٢٥٤ أصول محاكمات مدنية لبناني على أنه : « لا تقبل شهادة الشهود . ١ ـ لإثبات العقود وغيرها من التصرفات القانونيه . إدا كانت قيمتها تتجاوز ٥٠٠ ليرة أو إذا كانت عير معينة القيمة ٢ ـ لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما يشتمل عليه سد حطي ، ولو كانت قيمة المنازع فيه لا تتجاور ٥٠ ليرة . » .
وتنص المادة ٢٥٧ : « يجوز الإثبات بشهادة الشهود مهما كانت قيمة المدعى به في المواد والحالات الآتية ١٠ ـ المواد التجارية . ٢ ـ الأعمال المادية ٣ ـ اذا وجدت بداءة بينة حطية . ٤ ـ اذا استحال على الدائن الحصول على بينة حطية . ٥ ـ إدا ثبت فقدان السد الحطي بسبب أجنبي لا يد للخصم فيه ٦ ـ إذا ثبت وجود تحايل على القانون لإجراء عقد مخالف للنظام العام أو لنص الزامي »

(٢) الدكتور محمد سلام مدكور · المرجع السابق ص ٨٤ .

(٣) ابن قيم الجوزية · الطرق الحكمية ص ٦٦ ـ ٦٧ ؛ الدكتور صبحي المحمصاني . تراث الخلفاء الراشدين ص ١٩٣ ـ ١٩٤ ؛ المجتهدون في الحق ص ١٨٧ ـ ١٩٩ ؛ المجتهدون في القضاء ص ٥١ حتى ٥٤

الواحد من غير يمين المدعي إذا عُلم صدقه . قال أبو عبيد الله القاسم بن سلام : قضى شريح ، وزرارة بن أبي أوفى بشهادة شاهد واحد دون حاجة ليمين المدعي ، لأن اليمين لمجرد الاستيثاق والتأكد ، والفرض أن الشاهد موثوق به .

وقد أجاز جماعة من الخلف والسلف القضاء بشهادة النساء متفرقات في غير الحدود والقصاص الجزائي ، والراجح أن ذلك يجوز فيما لا يطلع عليه الرجال غالباً . بل رُوي أن النبي قبل شهادة المرأة الواحدة في الرضاع ، وان أبي حنيفة وأصحابه يقبلون شهادة النساء منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والبكارة وعيوب النساء ، لأن ما يقبل فيه قول النساء على انفراد لا يشترط فيه العدد ، كما قبلوا شهادة المرأة في استهلال الصبي للصلاة عليه[1] .

حياد الشهود وموانع الشهادة[2] : من شروط قبول الشهادة أن يكون الشاهد بالغاً وعدلاً ومحايداً . لذا ، كان من أسباب الطعن على الشهود ورفض سماع الشهادة كون الشاهد صغيراً أو محكوماً عليه[3] ، أو ذا قربى أو على علاقة معينة بأحد الخصوم[4] .

فبالنسبة إلى بلوغ الشاهد ، فقد اشترط جمهور الفقهاء في الشاهد البلوغ . فلذا لم يقبل القاضي ابن شبرمة شهادة الصبيان غير البالغين ، لا بعضهم على بعض ، ولا على غيرهم ، في جميع القضايا .

أما القاضيان شريح وابن أبي ليلى ، فقد قبلا شهادة الصغار بعضهم على بعض ، وقبل شريح شهادة الصغير المميز . وفيما عدا ذلك ، فقد اعتبر القاضيان شهادة الصغار من نوع قرائن الحال ، التي يخضع قبولها أو رفضها لتقدير القاضي[5] .

وأما بالنسبة الى **عدالة الشاهد** ، فهذه العدالة تنتفي إذا كان الشاهد فاسقاً ، أو متهماً أو محكوماً عليه بشهادة زور ، أو بزنا أو بحد جزائي آخرْ أو ما شابه ذلك[6] ،

---

(١) الدكتور محمد سلام مدكور: المرجع السابق ص ٨٥ ـ ٨٦ .

(٢) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٩٦ ـ ١٩٧ ؛ المجتهدون في القضاء ص ٥٦ حتى ٦٠

(٣) تنص المادة ٢٥٩ أصول محاكمات مدنية لبناني على أنه : « لا يكون أهلاً للشهادة ١ ـ من لم يكمل الخامسة عشرة من عمره. ٢ ـ من لم يكن سليم الإدراك . ٣ ـ من صدرت عليه أحكام جزائية تسقط عنه الشهادة » .

(٤) تنص المادة ٢٦٠ من ذات القانون على أنه : « لا تقبل شهادة الشهود بين الأصول والفروع وبين الزوجين ولو بعد انحلال عقد الزواج . لا تقبل أيضاً شهادة الخدم لمخدومهم الملازمين لشخصه ما داموا بخدمته ولا شهادة الوكيل لموكله ولا شهادة الشريك فيما يتعلق بالشركة ولا الكفيل فيما يختص بالتزامات المكفول » .

وتضيف المادة ٢٦١ انه : « يجوز أن تسمع أقوال المشار اليهم في المادتين السابقتين بغير يمين على سبيل الإستئناس » .

(٥) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٥٩ ؛ وكيع : أخبار القضاة جـ ٢ ص ٣٠٨ و٣١٣ .

(٦) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٩٦ ـ ١٩٧ .

لذلك لا تقبل شهادة هؤلاء .

وأما بالنسبة الى حياد الشهود وعدم تحيزهم ، فإن من أسباب الطعن عليهم في حيادهم وصدقهم وجود علاقة قربى أو زوجية مع أحد الخصوم ، أو قيام علاقة عمل أو شراكة أو مصلحة معه .

ففي علاقة القربى ، رفض القاضي شريح شهادة الحسن لوالده الامام علي ، في قضية الدرع التي كانت بين الامام واليهودي . أما القاضي ابن أبي ليلى فقد قبل شهادة الولد لأبيه ، ولم يقبل شهادة الأب لابنه ، على اعتبار « أنه يأخذ ماله متى شاء »[1] .

وفي علاقة الزوجية ، فقد قال الامامان أبو حنيفة والشافعي بعدم جواز شهادة أحد الزوجين للآخر ، لوجود تهمة التحيز في الحالين[2] .

ومن أسباب التحيز في الشهادة وجود علاقة شراكة أو استخدام أو خصومة . لذلك ، كان القاضي شريح يقول : « لا أجيز عليك شهادة خصم ، ولا شريك ، ولا أجير ، ولا دافع مغرم . . . » . وقد رد شهادة الشريك لشريكه ، وشهادة الأجير لمن استخدمه ، وشهادة سائق الحاج لسيده لأنه أجيره ، وشهادة الدائن على غريمه الميت[3] .

شهادة غير المسلم على المسلم : لما كان الأصل ان الشهادة ولاية ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم ، فإن شهادة غير المسلم على المسلم غير جائزة لغير حاجة أو ضرورة ، لأن الله يقول : « وأشهدوا ذوي عدل منكم » .

أمّا عند الحاجة والضرورة ، فتصلح شهادة غير المسلم على المسلم ، ومن ذلك الوصية في السفر . فيقول تعالى : ﴿ أو آخران من غيركم ان أنتم ضربتم في الأرض ﴾ . قال ابن عباس : من غيركم أي من أهل الكتاب ، وهذا موضع ضرورة لأنه في سفر ، ولا يجد من يُشهده من المسلمين . وروى عبد الله بن حنبل جواز شهادة غير المسلم على المسلم في الميراث أيضاً حال السفر ، وأجاز مالك شهادة الطبيب غير المسلم حيث لا يوجد طبيب مسلم .

وما دام القائلون بجواز شهادتهم على المسلم يعللون ذلك بالضرورة والحاجة ، فإن ذلك يقتضي قبولهم في كل ضرورة حَضَراً أو سَفَراً . يقول ابن قيّم الجوزية : « ولو قيل نقبل شهادتهم مع أيمانهم في كل شيء عُدِم فيه المسلمون لكان له وجه ويكون بدلاً مطلقاً » .

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٥٧ .

(٢) و(٣) الدكتور صبحي محمصاني المجتهدون في القضاء ص ٥٨ ، وكيع . أخبار القضاة جـ ٢ ص ٣٦٨ و ٢٣١ .

والواقع أن مدار الشهادة وقبولها في الحكم ، كونها صالحة لكشف الحق في المسألة ، إذ البينة ـ كما يقول ابن القيّم ـ « إسم لما بين الحق ويظهره ، وغير المسلم قد يقوم على خبره شواهد الصدق فينبغي قبوله والعمل »[1] .

كما أن آيتي الاشهاد على التبايع والاشهاد على دفع الأموال لمن بلغ من الأيتام جاءتا مطلقتين عن اشتراط الاسلام في الشهود على المسلمين . يقول الله تعالى : ﴿ واشهدوا إذا تبايعتم ﴾ ، ويقول : ﴿ فإذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم ﴾ . حقاً ، انه اشترط في آية أخرى ، أن تكون الشهادة من ذوي عدل من المسلمين : ﴿ فإذا بلغن أجلهن ، فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ . لكن بالتأمل والنظر في الآية الأخيرة يتبين أنها وردت في أمر يتعلق بمسائل الزواج ، ولذا فإنه يمكن القول بأن شهادة غير المسلم على المسلم لا تقبل في مسائل الأحوال الشخصية مما يندرج تحت أحكام الأسرة . أما في غير ذلك ، من المسائل المدنية ونحوها ، فإنه تجوز الشهادة مع اختلاف الدين[2] .

(٣) اليمين :

من حق المدعي إذا عجز عن اثبات دعواه وانكار المدعى عليه للدعوى أن يطلب من القاضي توجيه اليمين للمدعى عليه على نفي الدعوى[3] . لقول الرسول : « البينة على من ادّعى واليمين على من أنكر » . وتوجد وقائع يوجه اليمين فيها دون طلب ، كما أنه يوجه الى المدعي نفسه ، كما لو ادعى المدعي بدين أو بحق على ميت ، فإنه لا يحكم له بما ادعى إلّا بعد أن يحلف أنه ما استوفاه . وإذا وجّه القاضي اليمين ، فإنه يطلب من المدعى عليه أن يحلف بالله لا بأي شيء آخر لقول الرسول : « من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر »[4] .

واليمين ليس طريقاً لإثبات الحق ، وإنما هو وسيلة يوجهها المدعي الى المدعى عليه أملاً في أن ينكل في مجلس القضاء فيقضي القاضي للمدعى بالحق ، ويوجهه القاضي لتخويف المدعى عليه سوء عاقبة الحلف الكذب ، فيحمله ذلك على الاقرار بالحق .

وإذا حلف المدعى عليه اليمين في مجلس القاضي انقطعت الخصومة بينه وبين

---

(١) ذكر كل ذلك . الدكتور محمد سلام مدكور ، ص ٨٦ ـ ٨٧

(٢) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٨٧

(٣) نصت المواد ٢٣٥ حتى ٢٥٣ أصول محاكمات مدنية لبناني طريقة الإثبات باليمين والنكول وهي في مجموعها تتضمن أن اليمين القضائية نوعان : اليمين الحاسمة وهي التي يوجهها خصم الى خصمه لحسم بها النزاع ، واليمين المتممة وهي التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها إلى أحد الخصوم لاستكمال الدليل المقدم منه

(٤) تنص المادة ٢٣٧ أصول محاكمات مدنية لبناني انه : « تكون تأدية اليمين بالصيغة التي تقررها المحكمة »

المدعي في هذا النزاع في الحال والمستقبل على الراجح ، لأن الاثبات بالبينة بعد العجز عنها نادر ، وليأمن المدعى عليه تمادي المدعي في المداعاة . أما إذا نكل المدعى عليه عن اليمين حكم عليه بالحق المدعى به إلّا إذا كان قصاصاً بالنفس . هذا وقد قال البعض بجواز سماع البينة من المدعي على كذب اليمين[1]

(٤) **القرائن والأدلة الحسية :**

علاوة على طرق الاثبات الثلاثة ، الاقرار والبينة واليمين ، اعتبر جمهور الفقهاء القرينة القاطعة أحد أسباب الحكم[2] .

ويدخل في القرينة القاطعة بعض القرائن الشرعية ، الملزمة ، كقاعدة الولد للفراش المتعلقة بمسائل النسب مثلاً . وهي التي تلحق نسب الولد بأبيه زوج أمه .

ويدخل فيها أيضاً الأدلة الحسية ، كظهور الحمل لاثبات الزنا ، أو ظهور رائحة الخمر لإثبات شربه .

ويدخل فيها أيضاً القيافة أو معرفة الانساب بفصول تشابه أشخاص الناس .

ويدخل فيها كذلك بوجه خاص ، ما يسمى بالإمارات أو قرائن الحال ، وهي التي يقدرها القاضي حسب قناعته ، من واقع الحال وعرف الناس[3] .

وقد ساق البعض[4] عدة أمثلة على اعتبار الشرع الاسلامي للقرائن ، وذكر ما يدل على أن الرسول اعتبر القرينة وعمل بها عندما حبس في تهمة وعاقب في تهمة لما ظهرت امارات الريبة على المدعى عليه ، وقد أمر النبي الملتقط أن يرد اللقطة الى واصفها . وقد ورد ذكر اعتبار القرينة في القرآن في قصة يوسف إذ يقول تعالى : ﴿ وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قدَّ من قبل فصدقت وهو من الكاذبين ، وإن كان قميصه قدَّ من دُبُرٍ فكذبت وهو من الصادقين ﴾ (آية ٢٦ و ٢٧) . وهذا نبي الله

---

(١) تنص المادة ٢٤٨ أصول محاكمات مدنية لبناني على أنه : « لا يجوز للخصم اثبات كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت اليه أو ردت عليه . . » .

(٢) الدكتور صبحي محمصاني تراث الخلفاء الراشدين ص ٢٠١ حتى ٢٠٤ ـ المجتهدون في القضاء ص ٧١ حتى ٧٣ ؛ الدكتور محمد سلام مدكور المرجع السابق ص ٩٣ حتى ٩٦ .

(٣) تنص المادة ٢٩٩ أصول محاكمات مدنية لبناني على أن « القرائن هي نتائج تستخلص ، بحكم القانون أو تقدير القاضي ، من واقعة للاستدلال على واقعة غير معروفة »

وتنص المادة ٣٠٠ على أن « القرائن نوعان . قرائن قانونية ، وقرائن قضائية »

وتنص المادة ٣٠١ على أن . « القرينة القانونية هي التي ينص عليها القانون ، وهي تغني من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات . »

وتنص المادة ٣٠٢ المعدلة على أن . «القرينة القضائية هي التي لم ينص عليها القانون، ويستنبطها القاضي من ظروف ووقائع الدعوى بما له من سلطة التقدير . »

(٤) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٩٤ و٩٥ و٩٦

سليمان وقد جاءته امرأتان تدعيان ولداً ، فقال : أئتوني بالسكين أشقه بينهما ، فسمحت الكبرى بذلك وقالت الصغرى لا تفعل رحمك الله وهو ابنها ، فقضى بالولد للصغرى ، مستدلاً بشفقتها عليه وامتناعها من الرضا بتقسيمه وتقطيعه مع رضا الكبرى بذلك ، برغم إقرار الصغرى بعكس ذلك ، مقدماً القرينة على الإقرار .

وهل يشك أحد رأى قتيلاً يتخبط في دمه ، وآخر قائم على رأسه بالسكين أنه قتله ، لا سيما إذا عرف بعداوته .

وقد قضى عمر بن الخطاب والصحابة بإقامة حد الزنى على المرأة التي ظهر بها حمل ولا زوج لها . كما قضى عمرو بن مسعود بوجوب الحد برائحة الخمر من فم الرجل أو قيئه خمراً اعتماداً على القرينة الظاهرة . وقضى الأئمة بقطع اليد إذا وجد المال المسروق مع المدعى عليه . وكثيراً ما يقول الفقهاء القول لمن يشهد له الظاهر ، ومن ذلك قول أهل المدينة انه لا يقبل قول المرأة أن زوجها لم يكن ينفق عليها ويكسوها فيما مضى ، لتكذيب القرائن الظاهرة لها ما لم تثبت ذلك .

ومن اعتبار الفقهاء للقرائن انعقاد البيع ، في سائر الأعصار والأمصار ، بمجرد المعاطاة من غير لفظ ، اكتفاء بالقرائن والامارات الدالة على التراضي الذي هو شرط في صحة البيع .

ولا شك أن للقاضي أن يستعمل فراسته لتدقيق الأدلة والقرائن والمعاينة الحسية . فقد روي أن رجلاً أودع عند آخر كيس نقود مختوم ، ولما طالت غيبة المودع فتق الوديع لديه الكيس من أسفله ، وأخذ ما فيه من دنانير وجعل مكانها دراهم ، وأعاد الخياطة كما كانت . وبعد فترة ، جاء صاحب الوديعة يطلبها ، فدفع اليه الوديع الكيس بختمه لم يتغير ، فلما فتحه وشاهد الحال رجع اليه وقال له اني أودعتك دنانير ، وأنت دفعت إليّ دراهم . فقال ، هو كيسك بخاتمك . فاشتكى عليه للقاضي ، فلما صارا بين يديه ، قال القاضي للمدعي منذ كم أودعت هذا الكيس ؟ فقال منذ خمس عشرة سنة ، فأخذ القاضي تلك الدراهم ، وقرأ سكّتها فإذا فيها ما قد ضرب منذ سنتين ، فحكم على المدعى عليه بدفع الدنانير .

ويروى عن فراسة عمر بن الخطاب ، أنه أتي بقتيل ملقى على وجهه في الطريق ، ولم يعرف قاتله . ثم بنهاية السنة ، وجد صبي مولود ملقى بموضع القتيل فأتي به عمر ، فقال ظفرت بدم القتيل . وسلّم الصبي الى امرأة ، وطلب منها أن تخبره عمن يسأل عنه . وبعد فترة ، سألت عنه امرأة ، وقبلته ، وضمته اليها . ولما علم عمر ذهب اليها ووجه لها تهمة القتل : فاعترفت وقصت له ما دفعها الى قتله[1] .

---

(١) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٩٥ و ٩٦ .

(٥) حكم القاضي بعلمه :

من القواعد الأساسية في المحاكمات والإثبات أن القاضي لا يحكم إلاّ بالدليل ، فلا يقضي بعلمه مطلقاً ، لا فيما علمه قبل تولية القضاء ولا بعدها ، لا في قضايا الحدود (الجزائية) ولا في غيرها .

والقول المشهور عن الخلفاء أبي بكر وعمر وعلي ، أن القاضي لا يحكم بعلمه الشخصي ، إلاّ إذا كان معه شاهد آخر يعزز هذا العلم . وقد روي عن أبي بكر أنه قال : « لو رأيت رجلاً على حد ، لم أعاقبه ، حتى تقوم البينة عليه ، أو يكون معي شاهد آخر » .

وبمعناه ، روي عن عمر أنه تقاضى عنده رجلان ، فقال له أحدهما : « أنت شاهدي » . فرد عليه : « إن شئتما شهدت ولم أحكم ، أو أحكم ولا أشهد » . وقد استصوب عمر قول عبد الرحمن بن عوف ، عندما سأله : « لو رأيت رجلاً على حد ثم وُلّيت ، هل تقيمه عليه ؟ قال : لا ، حتى يشهد معي غيري ، فقال : أصبت » .

وقد أخذ بذلك عمر بن عبد العزيز ، عندما صرح بأن القاضي لا يحكم بعلمه في الزنا[١] .

ومذهب الإمام مالك كذلك على أن القاضي لا يقضي بعلمه في المدعى به بحال ، سواء أعلمه قبل التولية أم بعدها ، في مجلس قضائه أو غيره ، قبل الشروع في المحاكمة أو بعد الشروع . أما مذهب أبي حنيفة ، فإن ما يعلمه القاضي قبل ولايته أو في غير محل ولايته فلا يقضي به[٢] .

وكان القاضي شريح لا يقضي إلاّ بالدليل ، فلا يقضي بعلمه مطلقاً في جميع القضايا والأحوال . وبمعناه روي عن القاضي ابن أبي ليلى قوله ان القاضي لا يحكم بعلمه في شيء أصلاً « لأن انتفاء التهمة شرط في القضاء . وروي عنه قول آخر أنه يحكم بعلمه بالاعتراف في كل شيء إلاّ في الحدود (الجزائية)[٣] .

والمتأخرون من الفقهاء يرون أن القاضي لا يقضي بعلمه مطلقاً في جميع الدعاوى والصور لغلبة الفساد في هذه العصور[٤] ، والعمل الآن على ذلك . يقول الدكتور السنهوري[٥] : « لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه . ذلك أن علم القاضي هنا يكون

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٨٦ .

(٢) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٩٣

(٣) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٤٥ .

(٤) الشوكاني : نيل الأوطار جـ ٨ ص ٧٨٧ ؛ ابن قدامة : المغني جـ ٩ ص ٥٣ ؛ حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ١٥٨ (ذكر ذلك الدكتور مدكور ص ٩٣ هامش ١) .

(٥) الوسيط في شرح القانون المدني جـ ٢ رقم ٢٧ ص ٣٣ وهامش رقم ٣ من ذات الصفحة

دليلاً في القضية ، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم ، فيكون خصماً وحكماً ، وهذا لا يجوز » . ثم يقول : ولكن هذا لا يمنع من أن يستعين القاضي في قضائه بما هو معروف بين الناس ولا بكون علمه خاصاً به مقصوراً عليه ، وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة » .

ويقول الدكتور محمصاني[1] ان عدم حكم القاضي بعلمه ينفي التهمة عن القاضي ، ويؤيد حيادة وعدالة المحاكمات . وهو ، على كل ، من متفرعات قاعدة « البينة على المدعي » ، التي توجب الاثبات على المدعي ، لا على القاضي ولا غيره .

(٦) القضاء مبني على الظاهر :

وأخيراً ، لا بد من الملاحظة ، ان القضاء مبني على البينات الظاهرة . فهي بصورة عامة ، صحيحة ، على الأقل في الظاهر . وإذا لم تكن كذلك ، فيبقى المحكوم له مسؤولاً ديانه . وهذا معنى الحديث الشريف : « نحن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » . وهو أيضاً معنى قول عمر : « إنما نأخذكم بما ظهر لنا من أعمالكم »[2] .

(١) المجتهدون في القضاء ص ١٨٦ .

(٢) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٨٧ .

المبحث الثالث :

اصدار الحكم والطعن فيه

(أ) إصدار الحكم على الحاضر :

٧٠ ـ (أولاً) ـ الأصل وجوب إصدار الحكم فور انتهاء المحاكمة :

الأصل أنه متى أصبحت الدعوى صالحة للحكم ، وجب على القاضي أن يحكم فوراً دون تأخير ، وإلاّ فإنه يكون آثماً ، بل ويستحق العزل ، لما يترتب على تأخير الحكم من الإضرار بالناس ، وتعطيل مصالحهم ، وصياع حقوقهم[١] .

ولم يكن للحكم صيغة معينة . وكل ما يشترط فيه أن يكون قاطعاً لا تردد فيه ، أي يبنى على اليقين وليس على مجرد الظن والاحتمال[٢] .

٧١ ـ (ثانياً) ـ التوسع في التحقيق وطلب التأجيل سببان للتريث :

ذكر الفقهاء مواضع يجوز للقاضي فيها أن يؤخر الفصل في الدعوى ويؤجل الحكم ، كأن يريد أن يتأمل في شهادة الشهود أو يتحرى عنهم

كما يصح له أن يؤخر الفصل في الدعوى بناء على طلب المدعى عليه لابداء ملاحظته على ما قدمه المدعي من اثبات ، أو ليثبت هو ما دفع به الدعوى ، أو يؤخر الفصل بناء على طلب المدعي نفسه لاستيفاء عناصر الإثبات على الدعوى[٣] .

---

(١) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٥١ .

(٢) الدكتور محمود مصطفى : تطور قانون الإجراءات رقم ٣٣ ص ٣٧

(٣) الدكتور محمد سلام مدكور . المرجع السابق ص ٥٢ .

٧٢ ـ (ثالثاً) ـ زيادة التدقيق مدعاة للتريث :

جاء في أخبار القضاة لوكيع[١] أن عبد الرحمن بن مسهر الذي رشح لتولي القضاء أمام أبي يوسف قال أمام الأخير : « أنا أعجب من قاضٍ يخطىء ، فقال أبو يوسف : وكيف ؟ قال : إذا وُلِّيَ الرجل القضاء ، فأتاه الخصمان في أمر مثل الشمس أمضاه ، فإذا أشكل عليه ، ردهما الى مجلس آخر ، وفي الناس مثلك وأشباهك ، فتوجه وتشاور ، وتبحث ، فمن المحال أن يعي عليه الحق » فأعجب أبو يوسف بجوابه وأجاز توليته .

٧٣ ـ (رابعاً) ـ التريث أملاً بالصلح :

من واجب القاضي أن يبدأ بالسعي في الصلح بين الخصوم ، وفي هذا يقول عمر ابن الخطاب : « ردوا القضاء بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا ، فإن فصل القضاء يورث الضغائن » . لذلك يجوز للقاضي أن يؤجل الدعوى إذا تبين له أن الصلح بين الخصمين محتمل ، على أنه ينبغي أن لا يفعل ذلك أكثر من مرتين[٢] .

وكان الخلفاء الراشدون يشيرون على القضاة بالسعي لاجراء الصلح بين المتقاضين . وقد نبّه عمر القاضي أبا موسى الأشعري في كتابه اليه ، الى أن الصلح جائز ما لم يحل حراماً أو يحرم حلالاً . وقد كتب الى عماله ، لا سيما الى أبي عبيدة بن الجراح والى معاوية في الشام ، أن يحرصا على الصلح ما لم يتبين فصل القضاء . وكذلك أوصى عمر قضاته بتأخير الحكم عند الاقتضاء ، حتى يستبين الحق ، ويتيقنوا من معرفة الحكم الشرعي[٣] .

٧٤ ـ (خامساً) ـ الاستنارة بمشاورة الفقهاء في حال عدم الوصول الى الحكم :

كان من الأعراف القضائية الاسلامية أن يكون الى جانب القاضي فقهاء يستشيرهم إذا لم يستطع الوصول الى الحكم بسهولة ويسر وذلك مراعاة لعدم تعطيل مصالح المتقاضين بتأخير الفصل في قضاياهم[٤] . وكان أبو بكر يستشير الثلاثة الراشدين ، كما فعل في ميراث الجدة . وكان عمر ، مع تهيب الناس له ، ألين من غيره في تقبل الحق واستشارة العلماء فيما ينزل به من الطوارىء . وبوجه خاص ، كان الإمام علي ربما يتأمل القضية التي ترفع اليه شهراً ، ويستشير فيها ، قبل الوصول الى استثبات الحكم الشرعي[٥] . غير أن رأي هؤلاء العلماء المستشارين غير ملزم للقاضي المستشير ، فله أن يأخذ به أو يخالفه ، بل انه يحرّم عليه أن يأخذ برأي غيره إذا انتهى هو الى قرار

---

(١) جـ٣ ص ٣١٨ .

(٢) محمد بن حسن الشيباني مذكور عند الاستاد مدكور ص ٥٠ .

(٣) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٧٩ ؛ وكيع : أخبار القضاة جـ ١ ص ٧٤ و٧٥ .

(٤) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ١٠٦ هامش رقم ٣ .

(٥) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٧٨ ـ ١٧٩ .

أثناء بحثه ومشاورته للفقهاء[1] .

٧٥ - (سادساً) - الاجتهاد بالرأي والقناعة بالقرار لازمان للحكم :

من الواجب على القاضي ، عند عدم النص أو الإجماع على الحكم في إحدى القضايا ، أن يستشير ويتروى ، ثم يجتهد رأيه وصولاً الى احقاق الحق .

فلذا ، عندما ولّى عمر بن الخطاب ، شريحاً على قضاء الكوفة ، كتب اليه مرشداً : « إذا جاءك أمر في كتاب الله عزّ وجلّ ، فاقضِ به ، ولا يلفتنّك عنه الرجال . فإن أتاك ما ليس في كتاب الله ، فانظر سنة رسول الله ، فاقضِ بها . فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن سنة من رسول الله ، فانظر ما اجتمع عليه الناس فخذ به . فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن فيه سنة من رسول الله ولم يتكلم فيه أحد قبلك ، فأختر أي الأمرين شئت . إن شئت أن تجتهد رأيك ثم تقدم ، فتقدم . وإن شئت أن تؤخر ، فتأخر . ولا أرى التأخر إلاّ خيراً لك » .

وهذا الأمر بالاجتهاد موافق للسنة النبوية ، فقد روي عن النبي أنه قال للصحابي عبد الله بن مسعود : « اقضِ بالكتاب والسنة إذا وجدتها ، فإذا لم تجد الحكم فيهما ، إجتهد رأيك » .

وسئل القاضي ابن شبرمة عن القاضي يرى الشيء ، فيستشير فيه عشرة من العلماء ، فأجاب : « يقضي برأيه فيخطىء ، أعذر له عند الله من أن يخطىء برأيهم » . أي أن على القاضي أن يقتنع هو باجتهاده أولاً ، فيكوّن رأيه ويتخذ قراره ، ثم يحكم وفاقاً لقناعته الذاتية[2] .

٧٦ - (سابعاً) - وجوب الحكم بين الناس بالحق والعدل :

لا شك أن الهدف الاسمى للقضاء العادل ولرسالة القضاة ، هو التوصل الى إحقاق الحق .

وقد أمر القرآن الكريم بذلك بقوله تعالى : ﴿ ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾[3] . كما أن النبي نوّه بوجوب اتباع الحق في الحكم . فقد اعتبر القاضي الذي علم الحق فقضى به هو وحده في الجنة ، على ما ورد في الحديث الشريف ، الذي سبق بيانه .

وكذلك أصر الخلفاء الراشدون على بلوغ القضاة لهذا الهدف الأصيل . فقد جاء في كتاب الخليفة عمر الى معاوية بن أبي سفيان : « إلزمْ الحق ، ينزلك الله منازل الحق ،

---

(١) البدائع جـ ٧ ص ٥ مذكور عند الدكتور مدكور ص ١٠٦ هامش رقم ٣

(٢) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٤٢

(٣) سورة النساء الآية ٥٨ .

يوم لا يقضى إلّا بالحق » . ومن أقواله : « ويل لديّان الأرض من ديان السماء ، يوم يلقونه ، إلّا من أمر بالعدل ، وقضى بالحق ، ولم يقضِ بهوى ، ولا لقرابة ولا لرغبة ولا لرهبة ، وجعل كتاب الله بين عينيه »(١) .

٧٧ - (ثامناً) - الاشهاد على الحكم :

وكذلك فقد عُرف أن يجلس مع القاضي في مجلس الحكم شهود من العلماء يراقبون اجراءات المحاكمة ووقائعها والحكم الذي يصدر . وهذا نوع من الرقابة على أعمال القاضي يراد منه التحقق من مدى التزام القاضي بتوفيق أحكامه مع الشريعة الاسلامية(٢)

٧٨ - (تاسعاً) - تسجيل الأحكام :

في صدر الإسلام لم يكن هناك سجل تدون فيه الأحكام ، لأنها كانت تنفذ فور صدورها بواسطة الخصوم أنفسهم ، أو يقوم القاضي بتنفيذها في الحال . وفي عهد الأمويين تنبه بعض القضاة الى وجوب تسجيل الأحكام ، وكان أول حكم قضائي سجل ، هو الذي أصدره سليم بن عتر قاضي مصر(٣) ، في خلافة معاوية بن أبي سفيان ، في ميراث بين ورثة تخاصموا اليه ثم تناكروا الحكم واختلفوا ، فعادوا اليه فحكم بينهم وسجل الحكم(٤)

٧٩ - (عاشراً) - تفسير الحكم في حال غموضه :

جاء عن الماوردي(٥) : « ولو لم يذكر القاضي في كتابه سبب حكمه ، وقال : ثبت عندي بما تثبت بمثله الحقوق ، وسأله المحكوم عليه عن السبب الذى حَكم به ، نُظِر : فإن كان قد حُكم عليه بإقراره ، لم يلزمه أن يذكره له ، لأنه لا يقدر على دفعه بالبينة . وان كان قد حَكَم عليه بنكوله ، ويمين الطالب ، لزمه أن يذكره له ، لأنه يقدر على دفعه بالبينة .

« وإن كان قد حَكَم عليه بالبينة ، فإن كان الحكم بحق في الذمة ، لم يلزمه ذكرها ، لأنه لا يقدر على دفعها بمثلها . وإن كان الحكم بعين قائمة لزمه أن يذكرها ،

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٧٧ - ١٧٨ .

(٢) الأستاد ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٦٢٨ و٦٢٩ .

(٣) تولى هذا القاضي القضاء سنة ٤٠ هـ / ٦٦٠ م وبقي فيه حتى موت معاوية سنة ٦٠ هـ / ٦٨٠ م (الدكتور محمد سلام مدكور ص ٣٠ هامش ١)

(٤) الدكتور محمد سلام مدكور · المرجع السابق ص ٤٨ و٤٩ ، الاستاذ ظافر القاسمي · المرجع السابق ص ٥٢٦ ؛ الاستاد زكي الدين شعبان · المرجع السابق ص ١٥ ؛ الاستاد علي منصور : المرجع السابق ص ٣٢٣ .

(٥) أدب القاضي جـ ٢ رقم ٢٥٦٠ ص ١٦٢ - ١٦٣ .

لأنه يقدر على مقابلتها بمثلها ، فترجح بينته باليـد ، فيكون وجـوب البيان معتبـراً بهذه الأقسام » .

ففي رأي الماوردي ، إن المحكمة التي صدر عنها الحكم ، هي وحـدها صـاحبة الحق في تفسيره ، في حال غموضه . وهذا ما يأخذ به فقهاء القانون الوضعي في أيامنا .

(ب) ـ الحكم على الغائب

٨٠ ـ مدى جواز الحكم بالصورة الغيابية على المدعى عليه المتغيب :

إذا كان واجب الاثبات عـلى المدعي ، فـإن للمدعى عليـه الحق في الدفـاع عن نفسه ، وذلك بالاعتراض على البينة المقدمة ، أو بتقديم وجوه الدفاع عن حقوقه .

فلذا ، وتأميناً لحق الدفاع ، قال البعض بأن لا يحكم عـلى الغائب إلاّ بحـذر . فقضى أبو بكر وعثمـان على الغـائب ، لكن بشرط ثبـوت الحق قبله . وكذلـك قضى العمران وعثمان وعلي غياباً في قضية المفقـود ، وذلك بـأن تتربص امـرأته أربـع سنين وأربعة عشر وعشراً ، ثم تتزوج .

وقد روي عن عمر بن عبد العزيز أيضاً أنه لا يحكم على الغائب مبدئياً ، لإمكان أن تكون معه حجة تبطل دعوى الحاضر[١] .

وقد قال أيضاً بعدم جواز الحكم على المدعى عليه الغائب القاضيان شريح وابن أبي ليلى[٢] .

أما القاضي ابن شبرمة ، فقد روي عنه ذات القول ، كما روي عنه عكسه لا سيما إذا حضر المدعى عليه جلسة المحاكمة ثم تغيب . فقد روي قوله : « أحكم على الغائب كما أحكم على الحاضر » ، « ومن سمعت حجته مرة ، ثم هرب ، أتبعته القضاء »[٣] .

أما فقهاء المذاهب ، فقد اختلفوا في هذه المسألة ، لكن كثرتهم قالوا بجواز الحكم على المدعى عليه الغائب[٤] .

أما الماوردي ، فقد تناول الموضوع في مـوضعين من الجـزء الثاني من كتـابه أدب القاضي :

ففي الموضع الأول[٥] ذكر أنه : « إن ثبت الحق على المطلوب ، وهو غائب

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٨٩

(٢) وكيع : أخبار القضاة جـ ٢ ص ٢٨٩ .

(٣) وكيع : أخبار القضاة جـ ٣ ص ٨٨ ـ ٨٩ .

(٤) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٤٦ ؛ قارن : الاستاذ القاسمي ٥٢٠ و٥٢١ .

(٥) الماوردي . أدب القاضي جـ ٢ رقم ٢٤٨٠ ص ١٤٩

للقاضي أن يسمع البينة عليه مع غيبته ، بإتفاق من جوّز القضاء على الغائب ومن لم يجوزه ، لأن سماع البينة اثبات حق يفضي الى حكم ، وليس بحكم ، فصار كالشهادة على الشهادة في جوازها ، مع غيبة المشهود عليه » .

وفصل الماوردي في الموضع الثاني[1] آراء الأئمة وحججهم فقال :

« فهو عند الشافعي ، ومن يرى القضاء على الغائب ، ارتفاع ضرورة » .
وعند أبي حنيفة ، ومن لا يرى القضاء على الغائب ، ما عساه يدفع به الحجة .

« وعند مالك : يجوز القضاء على الغائب فيما ينقل ، ولا يجوز القضاء عليه فيما لا ينقل من العقار » .

ثم يخلص الماوردي الى القول[2] : « فإذا ثَبَتَ بما ذكرنا جوازُ القضاء على الغائب ، فهو مخصوص بحقوق الآدميين . فأما حقوق الله تعالى ، التي تدرأ بالشبهات ، فلا يجوز القضاء بها على غائب ، كحد الزنا ، وحد الخمر ، لاتساع حكمها بالمهلة » .

« فإن كان مما يجمع فيه بين حق الله تعالى ، وحق الآدمي ، كالسرقة ، قضى على الغائب بالغرم ، ولم يقضِ عليه بالقطع إلّا بعد حضوره » .

(ج) طرق الطعن في الحكم ودرجات التقاضي[3] :

٨١ - (أولاً) - وجود أسس لطرق الطعن في الفقه الإسلامي :

الأصل في الأحكام القضائية أن تكون حاسمة للنزاع وأن تكون لها حجيتها وقوتها ، ويلتزم بها طرفا النزاع . غير أنه لما كان هناك احتمال خطأ القاضي في حكمه ومجانبته الحق في اجتهاده ، جاز لقاضي القضاة أو من يستخلفه عنه أن ينظر في أحكام قضاته فيبطل منها ما يحتاج الى إبطال ، ويعدل ما يحتاج الى التعديل ، ويصدق منها ما كان صحيحاً .

ويذكر البعض[4] ان الامام علي بن أبي طالب عرضت عليه قضية في اليمن ،

---

(١) أدب القاضي : حـ ٢ رقم ٣٢٠٧ ص ٣٠٦ - ٣٠٧ .

(٢) أدب القاضي : جـ ٢ رقم ٣٢٥٢ ص ٣١٨ - ٣١٩ .

(٣) في القانون الوضعي الحالي يباح التظلم من الأحكام بطريق الطعن فيها ، ويكون الطعن عادة لدى محكمة أخرى ، وحينئذٍ توصف المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بأنها محكمة الدرجة الأولى ، والمحكمة التي تنظر الطعن بوصف بأنها محكمة الدرجة الثانية أو المحكمة الإستئنافية . وقد يسمح بالطعن بالحكم الاستئنافي أمام محكمة النقض . فإباحة الطعن في الأحكام هي إذن أساس تدرج القضاء . على أن الحكم إذا كان غيابياً فإنه يقبل الطعن فيه بطريق الاعتراض .

(٤) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٥٨

فقال : أقضي بينكم ، فإن رضيتم فهو القضاء ، وإلاّ حجزت بعضَكم عن بعض حتى تأتوا رسـول الله ليقضي بينكم » . فلما قضى الامام علي بينهم أبَوْا أن يتراضوا وأتـوا الرسول أيام الحج وعرضوا عليه خصومتهم وكيف قضى علي فيها . وان هذا الحكم غير سليم في نظرهم . وبعد أن سمع الرسول منهم مقالتهم أجاز قضاء علي ، وقال : « هو ما قضى بينكم » .

ففي هذه القضية دليل على أن الطعن في الأحكام عرف في الشريعة الاسلامية وعمل به فعلاً ، إذ ما جرى إنما هو أشبه باستئناف الحكم أمام مرجع أعلى ممن أصـدر الحكم ، فتُنظر الدعوى من جديد ويفسخ الحكم أو يُبطل أو يعدل أو يُصدق .

فالإمام علي لما قال : « حتى تأتوا رسول الله » لم يقصد اللجوء الى الرسول باعتباره حاكماً للمسلمين ومشرفاً على تنفيذ الأحكام ، بل باعتباره قاضياً أعلى ، وهذا ما يستفاد منه قول علي : « ليقضي بينكم » ، وكذلك من اعادة عرض الخصومة على الـرسول ، وقول الرسول بعد النظر في القضية مجدداً « هو ما قضى بينكم » ، وهذا في معنى تأييد وتصديق الحكم المستأنف الى الرسول(١) .

ومن قبيـل استئناف الأحكـام في التنظيم الاسـلامي مـا جـاء في أخبـار القضـاة لوكيع(٢) : ان القاضي عبيد الله بن الحسن قضى عـلى عبد المجيـد مولى بني قشـير في قضية ـ وكان جلداً قاسي الكلام ـ فتظلم الى أمير المؤمنين ، فكتب الى عامل البصرة أن يجمع له الفقهـاء ، لينظروا في قضيتـه ، فإن كـانت صواباً أمضاهـا ، فنظروا فـرأوها صواباً ، وهذا بمثابة تأييد وتصديق للحكم المستأنف أمام محكمة أعلى متعددة القضاة .

وجاء في كتاب تأريخ قضاة الأندلس للنباهي المالقي(٣) : « وإذا تـظلم المحكوم عليه من كتاب القاضي الأول ، وسأل الثـاني أن يستأنف النـظر فيه ، أو في بعضـه ، فليس له ذلك إلاّ بأمر بيّـن . وكذلك لو وليَ قاضٍ آخر مكان القاضي ، لكان مثل ما قيل في المكتوب اليه » . أي أن ليس للقاضي الثاني أن يستأنف النظر في القضية ويفسخ الحكم الأول الاّ لسبب بيّـن واضح ، وهذا هو أساس الطعن في الإستئناف في القضاء الحالي .

والـواقع أن لـطرق الطعن المختلفـة كالاعتـراض والاستئنـاف والنقض وإعـادة المحاكمة أسساً في الفقه الإسلامي(٤) ، وفي مسائله ما يتسع لذلك ، وقد وقع كثير منه في العصور المختلفة على صور وأشكال متعددة ـ كما ذكرنا بعضها أعلاه ـ وما جـد الآن

(١) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٢٣

(٢) وكيع : أخبار القضاة جـ ٢ ص ٩٦ .

(٣) ص ١٨٥ .

(٤) الاستاذ Milliot يرى عكس ذلك (رقم ٨٦٦ ، ص ٦٩٨) .

من تنظيم لطرق الطعن وتحديد مواعيده ، وان لم يكن قد عرف للفقهاء من قبل بالشكل الدقيق الحالي ، إلاّ أن قواعد الفقه الاسلامي لا تنافيه بل تتفق معه[1] .

ومما يدل على أن الفقهاء عرفوا طرق الطعن ، ما نصوا عليه من أن حكم القاضي لا يستقر في أربعة مواضع وينقض في الأحوال التالية : إذا خالف الاجماع ، أو القواعد ، أو النص الجلي ، أو القياس . إلاّ إذا كان لهذا الحكم دليل معارض راجح .

وقالوا أيضاً أن الحكم إذا طعن فيه أحد المتخاصمين لدى قاض آخر ، فظهر له فيه خطأ بيّن ـ وهو مشابه لما ذكرناه على لسان النباهي أعلاه ـ وثبت ذلك عنده ، فإنه يبطله ويفسخه ويبين الوجه الذي بنى عليه أسباب الحكم[2] .

وقد قال ابن فرحون في تبصرة الحكام[3] : « ينبغي للامام ولقاضي الجماعة ـ قاضي القضاة ـ تفقد أحوال القضاة وتصفح أقضيتهم فما وافق الحق أمضاه وما خالفه فسخه[4] » .

وأما الماوردي ، فقال في أدب القاضي[5] : « قال الشافعي : ومن اجتهد من الحكام . . . ورُدّ عليه قاضٍ غيره ، فسواء فيها خالف كتاباً أو سنة أو إجماعاً ، أو ما في معنى هذا ، رَدّه . وإن كانٍ يحتمل ما ذهب إليه ، ويحتمل غيره ، لم يَردّه وحكم فيما يستأنف بالذي هو أصوب عنده . وهذا صحيح : « إذا بان للقاضي . . . أن غيره من القضاة قد أخطأ في حكمه ، فذلك ضربان :

« فإذا أخطأ فيما يسوغ فيه الاجتهاد ، كان . . . حكم غيره من القضاة نافذاً لا يُتَعَقَّب بفسخ ولا نقض . . .

« وإذا خالف ما لا يسوغ فيه الاجتهاد ، وهو أن يخالف نصاً من كتاب ، أو سنّة ، أو إجماع . . . نقض به . . . حكم غيره » .

ثم قال الماوردي[6] : « قال الشافعي : وليس على القاضي أن يتعقب حكم من قبله ، فإن تظلم محكوم عليه ممن قبله نَظَر فيه فرده ، أو أنفذه ، على ما وصفت » .

ويُمثل البعض[7] عن إعادة المحاكمة في الاسلام بحادثة وردت في كتاب نسب

---

(١) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٥٨ .

(٢) ابن فرحون : تبصرة الحكام جـ ١ ص ٥٥ حتى ٥٨ مذكور عند الدكتور مدكور ص ٥٨ هامش رقم ١ .

(٣) جـ ١ ص ٦٠ مذكور عند الدكتور مدكور ص ٥٩ هامش رقم ١ .

(٤) إن التفتيش عن القضاة اليوم موكول الى هيئة التفتيش القضائي ، على أنه ليس من سلطة هيئة التفتيش الطعن بالأحكام ، لأن القانون نظم الطعون في الأحكام وأعطى للمتقاضين حق الاعتراض واستئناف الحكم ونقضه ، كما هو مبسوط في قوانين المحاكمات والتنظيم القضائي .

(٥) الماوردي : أدب القاضي جـ ١ رقم ١٧٤ ص ٦٨٢ وما بعدها

(٦) أدب القاضي جـ ١ رقم ١٧٧٦ ص ٦٩٠ .

(٧) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٣٨٢ ـ ٣٨٣ .

قريش للزبيري ، فذكر أنه : « كانت بين حسان بن ثابت ، شاعر رسول الله ، وبين بعض الناس منازعة عند عثمان بن عفان ، فقضى عثمان على حسان ، فجاء حسان الى عبد الله ابن عباس ، فشكا ذلك اليه . فقال له ابن عباس : الحقُ حقك ، ولكن أخطأت حجتك . انطلق معي . فخرج به حتى دخلا على عثمان ، فاحتج له ابن عباس حتى نبين عثمان الحقَّ ، فقضى به لحسان بن ثابت » . ويقول الاستاذ القاسمي أن في هذا الخبر دليل على جواز إعادة المحاكمة في التنظيم القضائي الاسلامي ، وذلك في حال وضوح الخطأ في الحكم .

٨٢ - (ثانياً) - هل يجوز للقاضي الرجوع عن حكمه :

إذا حكم القاضي حسب اجتهاده في قضية ، فليس له الرجوع عن هذا الاجتهاد في ذات القضية ، عملاً بالقاعدة الفقهية القائلة بأن « الاجتهاد لا ينقض بمثله »(١) ، واحتراماً لما يسمى اليوم « قوة القضية المحكمة أو المقضية »(٢) .

غير أنه إذا تبين للقاضي أنه أخطأ في ذلك الاجتهاد ، وعرضت عليه قضية أخرى مشابهة للأولى ، فيجوز له في القضية الجديدة أن يُغيّر اجتهاده السابق الى ما يراه أصوب . وقد قال عمر في مثل هذا ، « تلك كما قضينا ، وهذا على ما نقضي به اليوم »(٣) .

وقد أجمع الخلفاء الراشدون الأربعة على أنه إذا تغير اجتهاد أحدهم من غير أن يخالف نصاً ولا إجماعاً ، أو إذا خالف اجتهاده اجتهاد من قبله ، فلا ينقض الاجتهاد اللاحق الاجتهاد السابق .

وهكذا ، قضى أبو بكر في مسائل ، وخالفه عمر فيها ، ولم ينقض أحكامه . وكذلك ، خالف الامام علي اجتهادهما ، ولم ينقض أحكامهما . مثاله ، سوّى أبو بكر وعلي في عطاء الناس من الصدقات ، وفاضل عمر بينهم . ولم ينقض واحد منهم ما فعله سلفه .

وقد رووي كذلك أن عمر بن عبد العزيز ، بعدما استخلف ، لم يتعرض لأحكام القضاة الذين تقلدوا منصبهم من جهة أسلافه بني أمية(٤) .

وهذا ما أخذ به كذلك القاضي شريح ، فقد كان يقول : « إني لا أدري ما كان

---

(١) هذه القاعدة منصوص عليها في المادة ١٦ من مجلة الأحكام العدلية

(٢) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٧٩ حتى ١٨١ - المجتهدون في القضاء ٤٣ - ٤٤ ، الدكتور محمد سلام مدكور . المرجع السابق ص ٦٨ حتى ٧٠

(٣) الدكتور محمد سلام مدكور : المرجع السابق ص ٦٨ .

(٤) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٨٠ و١٨١ .

قبلي » و« لا أرد قضاء من قبلي »[1] .

فلذا ، إذا دفع أحد الخصوم أنه قد سبقت رؤية الدعوى وحكم فيها ، فإن القاضي يتوقف عن تكرار سماع الدعوى مرة ثانية . وقد اشترط القاضي ابن أبي ليلى ثبوت ذلك ، إمّا بالحجة المدونة في ديوان القاضي والمكتوبة بخطه وتحت ختمه ، وإمّا بشهادة شاهدين على ذلك[2] .

---

(١) وكيع : أخبار القضاة جـ ٢ ص ٣٥٤ و٣٥٨ .

(٢) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٤٣ ـ ٤٤ .

الباب الثاني

العرف في الاسلام

تمهيد لموضوع العرف في الاسلام

٨٣ - (أولاً) - عناصر موضوع العرف في الاسلام :

يقتضي الكلام عن العرف في الفقه الإسلامي التمهيد له ببيان أهمية العرف كمصدر للقانون ، وما يتصل بذلك من منهج البحث وخطته . ثم عرض أركانه لمعرفة الشروط التي يلزم توافرها فيه ليمكن اعتماده كمصدر في القانون الوضعي والفقه الإسلامي . وأخيراً بيان القوة الملزمة للعرف في كل من النظامين من حيث أساس هذه القوة والدور الذي يقوم به العرف إزاء التشريع الوضعي والنص الشرعي .

٨٤ - (ثانياً) - نظرة تاريخية عن العرف كمصدر للقانون في مختلف الشرائع :

إن القانون ملازم في نشأته للمجتمع ، فتظهر أولى قواعده بمجرد اجتماع أكثر من شخص واحد في بيئة واحدة حيث تقوم بين أفراد هذا المجتمع روابط وعلاقات تحتاج الى ضبط وتنظيم .

ويكون ظهور تلك القاعدة الأولى وليد العقل الانساني ونتيجة تفكير هذا العقل في إيجاد حل لأول نزاع ، نشأ في ذلك المجتمع ، حلاً يحقق العدالة ويساعد على استتباب الأمن والنظام ، فإذا تكرر مثل هذا النزاع بعد ذلك اطرد اتباع ما وضع له من حل موفق . ويكون اتباع ذلك الحل بادىء الأمر متروكاً لاختيار ذوي الشأن فيه نظراً لما ينطوي عليه من مزايا لهم ، الى أن يوجد في الجماعة اعتقاد قوي بضرورة اتباعه ، فيصبح واجب الاتباع ويصير قاعدة قانونية ملزمة جرى بها العرف .

فالعرف يكون بذلك أول مصدر للقانون في تاريخ المجتمع البشري[1] . فهو المصدر الذي توحي به الفطرة في مجتمع بدائي . ولذلك كان له الشأن الأول في المجتمعات القديمة ، حيث تسيطر التقاليد ، ولا توجد من الضرورات الاجتماعية ما

---

(١) Scelle (G.) , Esmein (P.), De la Morandière (L J.): Introduction à l'étude du droit, T. 1 P 14, Paris 1951, éd. Rousseau

يدعو السلطة الحاكمة الى التدخل لفرض قواعد قانونية . فإذا تقدمت المدنية وازدادت نواحي النشاط في المجتمع ، أصبح العرف قاصراً عن الوفاء بحاجة الجماعة الى القواعد التي تنظم الحياة فيها ، فقام التشريع واحتل المقام الأول بين مصادر القانون بدلاً من العرف . وهذه كانت هي الحال في مختلف الشرائع القديمة .

فقد بدأ القانون العراقي القديم في صورة قواعد عرفية ثم جاء « حمورابي » ليمعن النظر فيها بعد أن أنشأ نظام الدولة فجمعها بعد تهذيبها ودونها جميعاً في شريعته المشهورة[١] .

وبدأ القانون الروماني مجموعة من القواعد العرفية ، حتى إذا تقدمت المدنية الرومانية جمعت هذه القواعد في الألواح الاثني عشر وأصبح التشريع الى جانب العرف مصدراً رسمياً للقانون يعاونه الفقه والقضاء[٢] .

وكان هذا أيضاً شأن المجتمع العربي . فقد كان العرب في عصر الجاهلية خاضعين لمجموعة من الأعراف منبثقة من طبيعة مجتمعهم ومن عاداتهم القبلية ومعتقداتهم الدينية . فجاءت الشريعة الاسلامية وانتقصت من سلطان العرف ، سواء بمنع الكثير من العادات ، وسواء بتحوير أو تعديل البعض الآخر ، وقام الدين مصدراً رسمياً للقانون ، على أن ذلك لم يمنع من بقاء العرف مصدراً أصلياً في الشريعة الاسلامية[٣] .

كذلك بدأ القانون الانكليزي مجموعة من العادات التي تخضع لها القبائل الانكلوسكسونية ، ثم اقترنت بعادات القبائل النورماندية التي فتحت الجزيرة الانجليزية في القرن الحادي عشر ، ولما تطورت المدنية الانكليزية صار القضاء مصدراً رسمياً الى جانب العرف . ثم قام التشريع مصدراً آخر فأصبح هو والقضاء المصدرين الرسميين في القانون الانجليزي في الوقت الحاضر[٤] .

كما بدأ القانون الفرنسي القديم عرفاً ، ثم امتزج به القانون الروماني بعد الفتح الروماني ، ثم ظهر القانون الكنسي . وبعد ذلك انقسمت فرنسا الى قسمين : القسم الشمالي يطبق العرف ، والقسم الجنوبي يطبق القانون الروماني المكتوب . ولما قويت

---

(١) الأستاذ عبد الباقي البكري . المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية ، الجزء الأول رقم ١٦٧ ص ٤٢٧ ، طبعة ١٩٧٢ مطبعة الآداب ـ النجف .

(٢) R. Foignet. Droit romain p. 5 et 6, 7e éd. Paris 1922, Lib Arthur Rousseau

(٣) الدكتور صبحي المحمصاني : الأوضاع التشريعية في البلاد العربية ص ١٨ و١٩ ، الطبعة الثانية ١٩٦٢ ، دار العلم للملايين بيروت ـ والمبادىء الشرعية والقانونية ص ٥٠ ، الطبعة السادسة ١٩٧٧ ، ذات الدار ، الاستاذ عبد الباقي البكري : ذات المرجع رقم ١٦٧ ص ٤٢٨ .

(٤) R. David: Les grands systemes de droit contemporains n° 349 P. 401- 402, 1971, Précis Dalloz.

المَلَكية في فرنسا جمعت قواعد العرف وقام الى جانبها التشريع كمصدر رسمي للقانون وأخذ يقوى حتى وصل الى أوجه في عهد تقنينات نابليون وأصبح التشريع المصدر الرسمي للقانون[1] .

من هذه النظرة التاريخية العامة يتضح أن العرف كان أول مصدر للقانون في تاريخ المجتمع البشري ، وإنه بعد أن تقدمت البشرية بقي الى جانب التشريع كمصدر أيضاً للقانون إن لم يكن مباشرة فعلى الأقل بطريق غير مباشر .

٨٥ ـ (ثالثاً) ـ أهمية العرف كمصدر للقانون في القانون الوضعي والفقه الاسلامي بوجه خاص :

على الرغم من انتشار التشريع والتقنين في العصر الحالي ، فإن العرف لا يزال يعتبر مصدراً رسمياً للقانون في معظم الدول، لأن وجوده كمصدر احتياطي يكمل ما في التشريع من نقص أمر ضروري . فالنقص في التشريع لا يمكن تفاديه ، وذلك بحكم طبيعة الأشياء التي تجعل إحاطة المشرع بكل شيء أمراً متعذراً ، وبحكم التطور الذي لا يقف عند حد فيؤدي الى خلق صور من العلاقات الاجتماعية لم تخطر على بال المشرع ، هذا فضلاً عن أن هنالك مسائل تقتضي طبيعتها بأن تكون لها حلول منوعة وقابلة للتغيير بحيث يكون من المستحسن أن لا تقنن في نص تشريعي يجمدها ويحول دون تطورها[2] .

فلو أخذنا الدول العربية مثالاً لرأينا انها احتفظت بالعرف كمصدر للقانون الوضعي في حالة عدم وجود نص تشريعي .

فالتقنين المدني المصري ينص في مادته الأولى انه إذا « لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف . . »[3] .

والتقنين المدني السوري ينص في مادته الأولى أن على القاضي أن يقضي بمقتضى النصوص التشريعية « فإذا لم توجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، وإذا لم توجد فبمقتضى العرف » .

---

(١) Colin A. et Capitant H.: Droit civil français, T. 1 P P. 11- 13, 3e éd. 1920 Paris, Lib. Dalloz.

(٢) الدكتور نقولا أسود: القانون المدني ـ المقدمة العامة ص ٦٤ ، محاضرات لطلاب السنة الأولى في كلية الحقوق اللبنانية (الفرع الأول) ، للعام الجامعي ١٩٧٨ ـ ١٩٧٩

(٣) تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا التقنين. « الواقع أن العرف هو المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة ، فمن الواجب أن يلجأ اليه القاضي مباشرة إذا افتقد النص . . . فالعرف هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ، ويعتبر وسيلتها المطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص . ولذلك طل هذا المصدر وسيظل الى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء » .

والقانون اللبناني وان لم يرد فيه نص عام صريح يجعل العرف مصدراً للقانون يرجع اليه عند فقدان النص ، كما فعلت التقنينات العربية الأخرى ، إلاّ أنه يمكن أن يستخلص من بعض النصوص التشريعية الموزعة في مختلف فروعه أن نظرة المشرع اللبناني الى العرف لا تختلف عن الاتجاه السائد في أغلب القوانين الحديثة ، والتي تجعل منه مصدراً احتياطياً مكملاً للتشريع[1] كما هو حاصل في فرنسا حيث لا يوجد نص عام يوجب الأخذ به ومع ذلك يعتبر فيها مصدراً تكميلياً للتشريع[2] .

ـ فمجملة الأحكام العدلية[3] تتكلم في بعض نصوصها التي لم تلغ عن العرف : فالمادة ٣٧ نصت على أن « استعمال الناس حجة يعمل بها » ، والمادة ٣٦ نصت أن « العادة محكَّمة » ، والمادة ٤٣ نصت أن « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » ، والمادة ٤٥ نصت أن « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص »[4] .

ـ وقانون الموجبات والعقود يقول في بعض نصوصه بالرجوع الى أحكام العرف : فالمادة ٢٢١ نصت على أنه « ويجب أن تفهم وتفسر ـ العقود ـ وفاقاً لحسن النية والانصاف والعرف » ، والمادة ٣٧١ نصت أنه « يجب أيضاً على القاضي أن يعتد من تلقاء نفسه بالبنود المرعية عرفاً ، وان كانت لم تذكر صراحة في نص العقد » ، والمادة ٤٠٣ فقرتها الثانية نصت أنه إذا لم يبين وقت التسليم في العقد « وجب التسليم على أثر انشاء العقد مع مراعاة المهل التي تقتضيها ماهية المبيع والعرف » ، والمادة ٤١٢ نصت أنه « يتحمل البائع ـ مصاريف التسليم ـ إذا لم يكن نص أو عرف مخالف . . . »[5] .

ـ وقانون أصول المحاكمات المدنية نص في المادة ٢٤٢ فقرتها الرابعة أنه تقبل البينة الشخصية « إذا استحال على الدائن الحصول على بينة خطية ، ويكتفي بمجرد الاستحالة المعنوية ، وهي تنشأ خصوصاً على العرف المتبع في بعض المهن » .

---

(١) الرئيس الاستاذ البير فرحات : القانون المدني ـ مقدمة عامة ص ٢٤٨ ، محاضرات لطلاب السنة الأولى في كلية الحقوق اللبنانية ١٩٦٦ ـ ١٩٦٧ ، الدكتور نقولا أسود : المرجع السابق ص ٦٥ ؛ الدكتور الرئيس ادوار عيد : الوجيز في المدخل الى علم القانون ، ص ٤٦ و٤٧ ، طبعة ١٩٧٨ ، مطبعة نمنم

(٢) François Gény: Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, T. 1 n° 125 P. 390-391, Paris 1954, Lib. Général de droit...

(٣) صدرت على دفعات ابتداء من عام ١٨٦٩ حتى ١٨٧٦ ، وكان معمولاً بها في سائر أنحاء الامبراطورية العثمانية ومنها لبنان ، وكانت تعتبر القانون المدني للدولة العثمانية وفقاً للفقه الحنفي .

(٤) انظر في شرح هذه المواد : الاستاذ سليم باز ، شرح المجلة ، الطبعة الثالثة ١٩٢٣ ، بيروت المطبعة الأدبية .

(٥) وهناك مواد أخرى في ذات القانون تشير الى وجوب الأخذ بالعرف في بعض العقود : كعقد الإيجار (المواد ٥٤٠ و٥٤٧ و٥٥١ و٥٥٩ و٥٦٩ و٥٨١ و٥٩١ و٥٩٢ و٥٩٨ و٦٠١ و٦١٩ و٦٢٠ و٦٢٣) ، وعقد الاستخدام (المواد ٦٣٢ و٦٣٣ و٦٥٣) ، وعقد اجارة الصناعة (المادة ٦٥٩) ، وعقد القرض (المادتان ٧٦٢ ، ٧٦٨) وعقد الوكالة (المواد ٧٧٠ و٧٧٧ و٧٨٨ و٧٩٢ و٧٩٥) ، وعقد الشركة (المادة ٨٨٧) وعقد البيع (المادتان ٤٤٢ و٤٤٣) .

ـ وقانون الملكية العقارية[1] نص في المادة ٤٤ فقرة ثانية أنه « على المنتفع أن يتبع في استعمال العقار والتمتع به عوائد أصحاب العقار السابقين . . . » .

ـ وقانون التجارة نص في المادة ٤ فقرة ٢ أن « على القاضي ـ في العمل التجاري ـ أن يطبق العرف المتوطد . . » وأحال على العرف في المادة ٧٨ المتعلقة بالشركات المُغْفلة ، والمادة ٢٦٣ المتعلقة بالعقود التجارية .

ـ إلى ما هنالك من نصوص تشريعية أخرى موزعة في قوانين الأحوال الشخصية تحيل على الشرع الاسلامي بصفته عرفاً .

ـ هذا فضلاً عن أن مشاريع قوانين الطوائف غير الاسلامية التي قدمت للحكومة عملاً بأحكام قانون ٢ نيسان ١٩٥١ ، والتي لم تصادق عليها حتى تاريخه ، هي أعراف مكتوبة ويطبق الاجتهاد نصوصها التي لا تخالف النظام العام أو القوانين الالزامية[2]

هذا هو الحال بالنسبة الى القانون الوضعي اللبناني .

وأما بالنسبة الى **الشريعة الاسلامية** ، فإنه على الرغم من انتقاص سلطان العرف ، الذي كان سائداً في عصر الجاهلية بقيام النصوص الشرعية مصدراً رسمياً للقانون الاسلامي ، فهو لا يزال يعد في نظر الفقه الاسلامي مصدراً مهماً فيه حتى قال البعض « ان العادة دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام »[3] وعلى أساس أن له دوراً كبيراً في إيجاد الحلول المناسبة للمسائل الطارئة والمستجدة .

فالنصوص الشرعية لا يُمكن أن تستوعب كافة الاحتمالات المستجدة ، كما أن كثيراً من القواعد الامرة التي تقررها مبني في الأساس على العرف ، ويتبدل فيها الحكم بتبدل العرف ، فلا يمكن ترتيب حكم ثابت فيه .

ويذكر بعض العلماء المسلمين من الأدلة الشرعية في الاسلام على اعتبار العرف مصدراً احتياطياً للنصوص الشرعية ما جاء في القرآن في آية « خُذِ العفو وأمُرْ بالعرف »[4] . على أساس أن العرف هنا وإن كان قد ورد في معناه اللغوي ـ أي بمعنى المستحسن والمألوف ـ إلاّ أنه لا يخلو مع ذلك من الدلالة على المعنى الفقهي للعرف من حيث هو عرف الأفراد في أعمالهم ومعاملاتهم القانونية ، لأن ما يتعارف عليه الأفراد

---

(١) القرار رقم ٣٣٣٩ تاريخ ١٢ ـ ١١ ـ ١٩٣٠ .

(٢) الدكتور نقولا أسود . المرجع السابق ص ٧٨ وما بعدها .

(٣) ابن العربي في تفسيره الجزء ٢ ص ٢٧٠ مذكور عند الاستاذ محمد مصطفى شلبي . أصول الفقه الاسلامي ، بيروت ١٩٧٤ ، دار النهضة العربية ص ٣٢٢ هامش ٢

(٤) الأستاذ مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام الجزء الأول المجلد الأول رقم ٣٨ صفحة ١١١ ، الطبعة السابعة ، دمشق ١٩٦١ مطبعة جامعة دمشق .
وهذه الآية رقم ١٩٩ من سورة الأعراف .

دليل على حاجتهم اليه فيكون من الأمور المستحسنة شرعاً[١] . ويستشهد البعض بما جاء في السنة على لسان النبي انه قال : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »[٢] .

ويذكر البعض الآخر أن أصحاب النبي من بعده قد أكدوا كذلك على اعتبار العرف مصدراً للقانون الاسلامي بأخذهم ببعض الأعراف التي لم يأتِ بها الاسلام للحاجة اليها . فقد أخذ الخليفة عمر بنظام الدواوين وأنشأه في كل قطر من الأقطار التابعة للدولة الاسلامية ، وهذا النظام كان عرفاً فارسياً ـ فيجعل للجيش ديواناً ، وللعمال ديواناً ، ولموازنة الدولة ديواناً ، وللموظفين ديواناً ، وعيّن في هذه الدواوين سكان هذه الأقطار حتى ولو كانوا من غير المسلمين عملاً بما تعارف عليه الناس في هذه المناطق[٣] .

ويذكر البعض كذلك أن الاجماع[٤] كان في أول الأمر عرف أهل المدينة ، ثم تطور بعد ذلك حتى صار اجماع المجتهدين في كل عصر[٥] .

وقد أقام الفقهاء والمجتهدون بعد ذلك كبير وزن للعرف في توضيح وتفسير النصوص الشرعية وفي إثبات الحقوق الشخصية .

فالمذهب الحنفي يعتبر العرف أصلاً هاماً ومصدراً عظيم الشأن في ميدان الأفعال المادية والمعاملات القانونية شرط أن لا يخالف نصاً شرعياً . فقد قال الامام السرخسي الحنفي أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، لأن في النزع عن العادة الظاهرة حرجاً بيّناً[٦] ، وفي هذا المعنى جاءت المادة ٤٥ من المجلة القائلة « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » . وكان الامام محمد بن الحسن الحنفي يذهب الى الصباغين ويسأل عن معاملاتهم والعرف السائد بينهم حتى يأخذ به في فتاويه وأحكامه عندما تعرض عليه نزاعات التجار[٧] .

والإمام مالك عمل بالعرف وخصص به النصوص الشرعية . فقد خصص ما جاء

---

(١) الأستاذ مصطفى الزرقا : المرجع السابق ، المجلد الأول رقم ٣٨ صفحة ١١١ .

(٢) «Ce que les croyants ont considéré comme beau est beau devant Allah». Voir: Louis Milliot: Introdnction à l'étude du droit musulman, Recueil Sirey, Paris 1953, nº 149 p. 156.

والاستاذ الزرقا : ذات المرجع رقم ٣٨ ص ١١٠ .

(٣) الأستاذ محمد مصطفى الشلبي : أصول الفقه الاسلامي ص ٣٢٠ ، الطبعة الأولى ١٩٧٤ ، بيروت دار النهضة العربية .

(٤) وهو مصدر من مصادر الفقه الاسلامي .

(٥) الدكتور عدنان القوتلي : الوجيز في الحقوق المدنية الجزء الأول ص ٣٥١ ، الطبعة السابعة ١٩٦٣ ، دمشق مطابع دار الفكر .

(٦) المبسوط جـ ١٣ ص ١٤ مذكور عند الاستاذ محمد شلبي : ذات المرجع ص ٣٢٢ هامش ٣ .

(٧) الاستاذ محمد شلبي : ذات المرجع ص ٣٢١ .

في القرآن في آية « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » خصصه بالعرف فاستثنى المرأة التي تتضرر بالارضاع اذا كان عرفها يعفيها منه(١) .

والامام الشافعي لما جاء الى مصر غيّـر مذهبه القديم وكان للأعراف المصرية أثر واضح في ذلك .

كما أن الإمام أحمد بن حنبل اعتبر كثيراً من الأعراف خاصةً عند تطبيق النصوص الشرعية وتفسيرها(٢) .

والمذهب الجعفري يأخذ بالعرف عند تفسير النصوص الشرعية في نطاق الأعمال والالتزامات القانونية ، إذا لم يكن لها معنى خاص شرعاً ، ويقدم المعنى العرفي في هذه الحالة على المعنى اللغوي(٣) .

وهكذا يتبين أن الفقه الاسلامي بمذاهبه الخمسة اعتبر العـرف مصدراً مهـماً من مصادر القانون الاسلامي حتى أن البعض اشترط في المجتهد أن يكـون عالمـاً بأعـراف الناس(٤) .

٨٦ ـ (رابعاً) ـ منهج دراسة العرف في الاسلام :

طالما أن العرف ـ كما سبق أن أوضحنا ـ يعتبر مصدراً مهماً في القـانون الـوضعي وخاصة اللبناني منه وفي الفقه الاسلامي ، فالدراسة اذن تتجه الى معالجة مـوضوع من الموضوعات الهامة في النظرية العامة للقانـون والفقه الاسـلامي على السـواء . وبذلـك يوضع الفقه الاسلامي الى جانب الفقه القانوني فيما هو هام ، لمعرفة خصائص العرف في كل منهما ، ومدى التقائهما حول مبادىء وأفكار واحدة أو متقاربة أو مدى تمايز كل منهما عن الآخر ، رغبة في الاسهام في توسيع الدراسات المقارنة بين مختلف الأنظمة القانونية المتعايشة ، إما داخل الدولة الواحدة وإما داخل المجموعة الدولية .

وسيراعى في منهجية بحث العرف في الاسلام الأمرين التاليين :

أولاً ـ إن الغاية من هذا البحث ليس حشد طائفة كبيرة من المعلومات القانونية والفقهية ، بل رسم طريق بحث علمي واضح وسليم .

ثانياً ـ سيجري هذا البحث على أسلوب البحث المقارن وفقاً للاسلوب المتبـع في فقه القانوني الوضعي .

ثالثاً ـ سيُركّـز البحث في القانون الوضعي على القانون اللبناني بشكل خاص .

---

(١) هذه الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة .

(٢) الأستاذ محمد شلبي : المرجع السابق ص ٣٢٢ .

(٣) الاستاذ محمد جواد مغنية : علم أصول الفقه ص ٣٠ ، الطبعة الأولى ١٩٧٥ ، بيروت دار العلم للملايين .

(٤) السرخسي في المبسوط جـ ١٦ ص ٦٢ ؛ ابن عابدين في مجموعة رسائله جـ ٢ ص ١٢٥ مذكوران عند الاستاذ محمد شلبي : المرجع السابق ص ٣٢٢ هامش ١ .

٨٧ ـ (خامساً) ـ تقسيم موضوع العرف في الاسلام :

سيقسم موضوع العرف في الاسلام الى فصلين :

ـ الأول : ماهية العرف .

ـ والثاني : القوة الملزمة للعرف .

الفصل الأول
ماهية العرف

٨٨ ـ تعريف وتقسيم :

العرف في نظر فقهاء القانون الوضعي هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة وواجبة الاحترام قانوناً وان مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي(١) .

والعرف في نظر الفقهاء المسلمين هو : « ما اعتاده جمهور الناس وألفوه من قول أو فعل ، تكرر مرة بعد أخرى ، حتى تمكن أثره في نفوسهم ، وصارت تلقاه عقولهم بالقبول »(٢) ، أو « ما تعوده الناس أو جمع منهم وألفوه حتى استقر في نفوسهم من فعل شاع بينهم أو كثر استعماله في معنى خاص بحيث يتبادر منه عند اطلاقه دون معناه الأصلي »(٣) ، أو هو « عادة جمهور قوم في قول أو عمل »(٤) أو « ما تعارف عليه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك »(٥)

فعلى ضوء هذه التعريفات ما هي أركان العرف قانوناً وشرعاً ؟

هذا ما سنتناوله في المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : أركان العرف قانوناً .

المبحث الثاني : أركان العرف شرعاً .

---

(١) F Gény . op cit T 1 n° 110 PP. 318- 320; Scelle, Esmein et de la Morandière : op. cit. P. 264, G Marty et P Raynaud· Droit civil, Introduction génerale à l'étude du droit, T 1 n° 114 PP 202- 203, 2e éd. 1972 Sirey

(٢) الأستاذ بدران بدران : أصول الفقه ص ٣١٦ ، الاسكندرية ١٩٦٥ ، دار المعارف .

(٣) الأستاذ محمد شلبي : المرجع السابق ص ٣١٣ .

(٤) الأستاذ مصطفى الزرقا : المرجع السابق المجلد الأول رقم ٣٦ ص ١٠٨ والمجلد الثاني رقم ٤٨٣ ص ٨٣١

(٥) دكتور عبد العزيز عامر · المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الاسلامي رقم ٧٩ ص ١٦٤ ، طبعة ١٩٦٩ ، القاهرة المطبعة العالمية ؛ والاستاذ عبد الباقي البكري · المرجع السابق رقم ٢٤١ ص ٦٢٧

المبحث الأول
أركان العرف قانوناً

٨٩ ـ الاتفاق قانوناً على ركنين للعرف : الركن المادي والركن المعنوي

قدمنا أن العرف في فقه القانون الوضعي هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة وواجبة الاحترام قانوناً وبأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي .

ويتضح من هذا التعريف أن العرف يقوم قانوناً على ركنين أساسيين : ركن مادي وهو اعتياد الناس على سلوك معين ، وركن معنوي أو نفسي وهو اعتقاد الناس بأن القاعدة التي نشأت من هذا السلوك قاعدة ملزمة وواجبة الاتباع قانوناً . ويتفق الفقه في القانون المقارن على ضرورة توافر هذين الركنين في العرف[1] .

٩٠ ـ (أولاً) ـ الركن المادي : العادة أو الاعتياد

فالركن المادي للعرف (L'élément matériel) هو اعتياد الناس على نوع من السلوك في خصوص أمر من أمور حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ بينهم عادة نتيجة اتباعهم لسلوك معين واطراد العمل به ، فهي عادة (Usage) لا تفرضها سلطة معينة كما

(١) F. Gény: Op. cit. T. 1 n° 119 p. 356- 357; G. Marty et P. Raynaud: op. cit. n° 114 P. 202- 203, 2e éd. 1972 Sirey, Scelle, Esmein et de la Morandière: op. cit. p. 264.
والدكتور نقولا أسود : المرجع السابق ص ٦٦ ؛ الدكتور عبد المنعم الصده : أصول القانون رقم ١٠٦ ص ١٤٤ ، بيروت ١٩٧٨ دار النهضة العربية ؛ الدكتور توفيق فرج: المدخل للعلوم القانونية ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥ ، بيروت ١٩٧٥ مكتبة مكاوي ؛ الدكتور حسن كيره : المدخل الى القانون ص ٣٥٢ ـ ٣٥٣ ؛ بيروت ١٩٦٧ دار النهضة العربية ؛ الدكتور عدنان القوتلي : المرجع السابق ص ٣٥٥ ؛ الدكتور سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية رقم ١٤٢ ص ٢٨٣ ، الطبعة الرابعة ١٩٦١ دار النشر للجامعات المصرية ؛ الدكتور أحمد أبو ستيت : أبحاث في أصول القانون ص ٦٣٧ ـ ٦٣٨ ، مجلة القانون والاقتصاد لاساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة السنة الخامسة (١٩٣٥) .

هي الحال بالنسبة الى التشريع ، ولا توحي بها جهة معينة ، وإنما تنشأ مما يخططه الأفراد لأنفسهم من قواعد في ضوء الظروف المحيطة بهم . فقد يحصل أن عدداً قليلاً من الأشخاص يسلكون طريقة معينة في تنظيم أمر يعنيهم بوحي من عقولهم وعلى هدى الظروف التي تحيط بهم ، ثم يتكرر هذا المسلك من غيرهم بحكم غريزة حب التقليد ، والميل الى ما هو مألوف ، وإيثاره على غير المألوف . وهكذا تطرد العادة وتستقر ، حتى تصبح ثابتة ويرسخ أثرها في النفوس (١) .

ويشترط في العادة التي يتكون منها الركن المادي للعرف الشروط التالية :

(١) أن تكون العادة عامة Générale

ويرجع هذا الشرط الى أن العرف ينشىء قاعدة قانونية ، والقاعدة القانونية لا بد أن تكون عامة مجردة ، فلا ينصرف حكمها الى شخص معين بذاته ، أو إلى أشخاص معينين بالذات (٢) .

والمقصود بعمومية العادة كونها متبعة من غالبية الأفراد الذين يتصور في مجتمع معين أن يعنيهم الأمر الذي جرت بشأنه هذه العادة (٣) ، ولا يقصد بذلك أن تكون العادة شاملة لكل اقليم الدولة ، إذ قد تكون خاصة بجزء معين من هذا الاقليم أو بمدينة معينة فتكون محلية أو بطائفة معينة من الأشخاص يزاولون مهنة أو حرفة معينة فتكون العادة مِهْنية أو طائفية (٤) . بل ان العادة العرفية قد تكون خاصة بشخص واحد غير معين بذاته كرئيس الدولة حين يعتاد على إصدار نوع خاص من القرارات في شأن من الشؤون ، فيترتب على هذه العادة عرف يخول رئيس الدولة اصدار مثل هذه القرارات (٥) .

(٢) أن تكون العادة قديمة Ancienne

ويقصد بقدم العادة أن يرجع نشوء العادة الى زمن بعيد يكفي للدلالة على تأصلها في النفوس وعلى أنها ليست بدعة جديدة أو نزوة عابرة (٦) . ولا يمكن تحديد المدة التي يتوافر بها القدم (٧) ، لأن هذه المدة تختلف في كل نوع من العادات عنه في غيره بحسب

---

(١) الدكتور عبد المنعم الصده . المرجع السابق رقم ١٠٧ ص ١٤٤ - ١٤٥ .

(٢) الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق ص ٢٥٣ .

(٣) F. Gény: op. cit. T. 1 nº 119 p. 358

(٤) F. Geny: op. cit. T. 1 nº 122 p. 378

(٥) الدكتور توفيق فرج · المرجع السابق ص ٢٥٣ ؛ الدكتور عبد المنعم الصده : المرجع السابق رقم ١٠٧ ص ١٤٥ .

(٦) الدكتور سليمان مرقس : المرجع السابق رقم ١٤٢ ص ٢٨٥ .

(٧) يشترط القانون الكنسي في العرف المخالف للحقوق الكنسية لكي يعمل به مدة قدم أقلها أربعين سنة كاملة (أنظر الدكتور عدنان القوتلي : ص ٣٥٨ هامش ١ من المرجع السابق) .

طبيعة المعاملات التي تنشأ فيها هذه العادات (١) . فالعادات الزراعية تحتاج في تكوينها الى مدة أطول مما تحتاج إليه العادات التجارية ، ولذلك يترك للاجتهاد تقدير ما إذا كان اعتياد الناس على سلوك معين قد أصبح قديماً بحيث يمكن القول باستقراره أم عدم استقراره (٢) .

(٣) أن تكون العادة ثابتة Constante

ويراد بثبات العادة أن يطرد اتباعها بطريقة منتظمة على نحو يتوفر فيه معنى الإستقرار فلا يتبعها الناس في أوقات ويعدلون عنها في أوقات أخرى(٣). على أن هذا لا يعني أن عدول بعض الأشخاص عن اتباعها يكفي لنفي الثبات عنها . فالعبرة في هذا الشأن بغلبة اتباعها في أكثر الحالات . وهذه مسألة يقدرها القاضي كما هي الحال في شرط القدم ، إذ أن قدم العادة وثباتها أمران يساهمان في استقرار العرف(٤) .

ـ وهذه الشروط الثلاثة أجمع الفقه والاجتهاد على ضرورة توافرها في العادة (٥) .

(٤) أن تكون العادة غير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة

ويشترط أخيراً البعض(٦) أن تكون العادة غير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة ، إذ أن العرف الذي ينطوي على هذه المخالفة لا يكون قانوناً . وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٩ من الدستور اللبناني على أن : « حرية الاعتقاد مطلقة ، والدولة . . . تكفل حرية إقامة الشعائر الدينية . . على ألّا يكون في ذلك اخلال في النظام العام . . . » .

وهذا الشرط يصدق على اطلاقه بالنسبة الى العرف المحلي . فإذا جرت عادة الناس على أمر من الأمور التي تتنافى مع النظام العام ، كما هو الشأن بالسبة الى عادة الأخذ بالثأر في بعض المناطق ، فإنه لا ينشأ عنها عرف ملزم قانوناً ، لأن هذا يتعارض مع قاعدة أساسية من القواعد التي يقوم عليها المجتمع ، مقتضاها أن الدولة هي التي

---

(١) F. Gény : op. cit. T. 1 n° 119 p. 359
والدكتور نقولا أسود . المرجع السابق ص ٦٦ .

(٢) الرئيس البير فرحات. المرجع السابق ص ٢٤٩ .

(٣) F. Gény: op cit. T 1 n° 119 p 358

(٤) الدكتور عبد المنعم الصده · المرجع السابق رقم ١٠٧ ص ١٤٦ .

(٥) ويضيف البعض شرطاً آخر هو أن يكون للعادة طابعاً مألوفاً Raisonnable
Voir· F. Gény : op cit. T. 1 n° 121 pp. 371-374
وأنظر في نقد ذلك Marty et Raynaud : op. cit. n° 113 P. 204

(٦) الرئيس ألبير فرحات : المرجع السابق ص ٢٤٨ ؛ الدكتور عبد المنعم الصده : المرجع السابق ص ١٤٦ ؛ الدكتور توفيق فرج · المرجع السابق رقم ١١٤ ص ٢٥٤ ؛ الدكتور عدنان قوتلي : المرجع السابق ص ٣٥٧

تتولى معاقبة الجناة الذين يعتدون على حياة الأفراد . كما يصدق هذا الشرط بالنسبة الى العرف المهني أو الطائفي ، فلا يصح أن يتعارض مثل هذا العرف مع ما استقر في المجتمع بأسره من مبادىء تتصل بالنظام العام أو الآداب العامة ، سواء أكانت هذه المبادىء مقررة بنصوص تشريعية أم لم تكن كذلك .

أما فيما يتعلق بالعرف الشامل لجميع الأفراد في كل اقليم الدولة فلا يتصور أن يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة إلاّ إذا كان يتعارض مع نص تشريعي آمر ، إذ في هذه الحالة لا تجوز مخالفة التشريع بعرف شامل . وفيما عدا هذه الحالة يكون العرف الشامل ، وقد تكوّن في ضمير المجتمع بأسره ، قد ساهم في تحديد مضمون فكرة النظام العام والآداب العامة ، وهي فكرة مرنة متطورة ، مما لا يتصور معه اشتراط موافقة مثل هذا العرف للنظام العام والآداب العامة في المجتمع(١) .

٩١ ـ (ثانياً) ـ الركن المعنوي : الاعتقاد بلزوم العادة

لا يكفي لتكوّن العرف توافر ركنه المادي باعتياد الناس على نمط معين من السلوك بالشروط المذكورة سابقاً ، بل يجب كذلك أنْ يتوفر ركنه المعنوي أو النفسي (élément moral et psychologique) بمعنى أن يتولد الاعتقاد لدى الأفراد بأن هذه العادة ملزمة وواجبة الاتباع باعتبارها قاعدة قانونية لها في نفوسهم ما لسائر النصوص التشريعية من احترام(٢) .

وليس من السهل تعيين الوقت الذي يعتبر مبدأ لتوافر هذا الركن المعنوي ، لأن الاعتقاد بلزوم العادة لا ينشأ دفعة واحدة بل يتكون تدريجياً ، حتى يصل في وقت ما الى أن يكون محققاً لا نزاع فيه . أما قبل هذا الوقت فقد يختلف الأفراد في أمر توافره أو عدمه وبالتالي يختلفون في اعتبار العادة عرفاً أو مجرد عادة . غيرَ أنه إذا أجمع الفقه على أن عادة معينة صارت عرفاً أو استقر اجتهاد المحاكم على ذلك أصبح العرف ثابتاً بما لا يحتمل الجدل في أمره(٣) .

وهذا الركن المعنوي أو النفسي هو الذي يميز العادة التي تكون عرفاً عن غيرها من العادات .

فهناك عادات المجاملات التي لا تمتّ الى القانون بصلة كالعادات المتعلقة بتبادل الزيارات والتهنئة والمواساة وتبادل الهدايا في مناسبات معينة والتي لا يتصور اعتقاد الأفراد

(١) الدكتور عبد المنعم الصده . المرجع السابق رقم ١٠٧ ص ١٤٦ ـ ١٤٧ ، الدكتور حسن كيره : المرجع السابق رقم ١٥٦ ص ٣٥٥ .

(٢) F. Gény: op. cit. T. I nº 119 p. 360- 361, Marty et Raynaud op. cit. nº 203; Scelle, Esmein ..: op. cit. p 264

(٣) F. Gény: op. cit. T I nº 119 p. 364

بالإلزام إزاءها ، بينما الاعتقاد بالصفة الإلزامية للعادة يجعل منها قاعدة قانونية كاعتقاد الاجراء في مؤسسة معينة أن المنح والمكافآت التي يعطيها رب العمل في آخر كل سنة أو في مناسبات معينة هي إلزامية وواجبة الدفع[1] .

غير أن العادات المجردة من قوة الالزام يمكن أن تكسب هذه القوة إما من اتفاق المتعاقدين على اتباعها اتفاقاً صريحاً أو ضمنياً كما هو الحال في العادات الاتفاقية ، وإما من إحالة المشرع عليها بنص قانوني[2] .

---

(١) الدكتور نقولا أسود : المرجع السابق ص ٦٦

(٢) Marty et Raynaud: op cit. n° 114 p. 204

المبحث الثاني
أركان العرف شرعاً

٩٢ ـ عدم تركيز الفقه الإسلامي على الركن المعنوي للعرف :

قدمنا أن العرف في نظر الفقهاء المسلمين هو ما اعتاده جمهور الناس وألفوه من قول أو فعل تكرر مرة بعد أخرى حتى تمكن أثره في نفوسهم وصارت تلقاه عقولهم بالقبول ، أو هو ما تعوده الناس أو جمع منهم وألفوه حتى استقر في نفوسهم . . . أو هو عادة جمهور قوم في قول أو عمل ، أو هو ما تعارف عليه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك .

ويفهم من مجمل هذه التعريفات أن الفقه الإسلامي لا يفرق بين ركني العرف اللذين يأخذ بهما الفقه الوضعي وهما : الركن المادي المتمثل بالاعتياد ، والركن المعنوي القائم على الاعتقاد بلزوم العادة ، وانه يَفْهَم العرف بمعنى مجرد العادة ، وهذا ظاهر من تركيزه على الاعتياد والعادة في هذه التعريفات ومن ذكره العادة فقط في بعض القواعد الفقهية المقررة في مجلة الأحكام العدلية (كقاعدة العادة محكّمة المادة ٣٦ من المجلة ، وقاعدة استعمال الناس حجة يعمل بها المادة ٣٧ من ذات المجلة) .

غير أنه من إمعان النظر جلياً في بعض هذه التعريفات يتضح أن الفقه الإسلامي يشترط فيما يعتبر عرفاً ، بالإضافة الى ركن اعتياد الناس ، توافر ركن نفسي أو معنوي يتمثل في « تمكن أثر العادة في النفوس أو استقرارها فيها بحيث صارت عقولهم تتلقاها بالقبول » . فاستقرار العادة في نفوس الأفراد وتمكن أثرها فيها دليل على اعتقادهم بها ، وتَلَقي عقولهم لها بالقبول دليل على أنها معتبرة بنظرهم وواجبة الاحترام منهم .

هذا فضلاً عن إشارة البعض في تعريفه للعرف الى ركن الاعتياد فقط لا يمنع من التمييز بين عادة صارت لها قوة الإلزام باستقرارها في نفوس الأفراد وتلقي عقولهم لها

بالقبول والاحترام وبين عادة أخرى لم ترقَ الى هذه الدرجة من القبول والاحترام .

وهكذا يتبين ، أنه على الرغم من خلو المراجع الفقهية الاسلامية من الإشارة الى الركن المعنوي أو النفسي بشكل بارز وواضح ، فإنه يمكن القول على ضوء العبارات المذكورة أعلاه والمستخلصة من بعض التعريفات أن الفقه الاسلامي يتطلب أيضاً في العادة كونها ملزمة وواجبة الاتباع شرعاً ، شأنه في ذلك شأن الفقه الوضعي ، الأمر الذي يعني اشتراطه ركناً معنوياً للعرف بالإضافة الى ركنه المادي ، وتمييزاً للعرف عن مجرد العادة التي لم يتمكن أثرها في النفوس ولم تستقر فيها لعدم الاعتقاد بلزوميتها .

٩٣ ـ (أولاً) ـ الركن المادي للعرف في الفقه الاسلامي والشروط المطلوبة فيه :

الركن المادي للعرف في الفقه الاسلامي ، كمثيله في الفقه الوضعي ،هو اعتياد جمهور الناس على أمر من الأمور في حياتهم الاجتماعية سواء أكان قولاً أو فعلاً أو عملاً[1] .

ويشترط في العادة التي يتكون منها الركن المادي للعرف في الفقه الاسلامي الشروط التالية :

(١) أن تكون العادة غالبة

والمقصود بكون العادة غالبة أن تكون متبعة من غالبية الأفراد الذين يأخذون بها في مكان العمل بها ، كتعارف الناس مثلاً في بعض البلاد أن المهر الذي يسمى للمرأة في عقد الزواج يكون ثلثاه معجلاً وثلثه مؤجلاً الى ما بعد الوفاة أو الطلاق . فيجب أن يتحقق في العادة المكونة للعرف نصاب عددي من الناس لا بد منه ، أي يكون قد تعارف عليها أكثر الناس في مكان جريانها ، وهذا مستفاد من عبارة « عادة جمهور قوم في قول أو عمل » . فإذا لم تكن العادة غالبة بين أكثر الناس فلا يتكوّن بها عرف معتبر شرعاً ، بل تكون من قبيل العادة الفردية أو المشتركة التي يتساوى معتادوها وغيرهم[2] .

وعن هذا الشرط وضع الفقهاء المسلمون القاعدة القائلة : « انما تعتبر العادة اذا غلبت » (المادة ٤١ من المجلة) .

وغلبة العادة لا يقصد بها أن تكون شاملة كل الدول الاسلامية ، أو قد تكون العادة غالبة في دولة من الدول أو في إقليم معين منها أو في محيط حرفة أو مهنة معينة . كتعارف أهل بلد ما أن يكون المهر المقدم ضعف المهر المؤخر ، وكتعارف التجار على إثبات ديونهم على من يتعامل معهم بمقتضى دفاترهم من غير حاجة الى اشهاد ،

---

(١) أنظر في استخلاص الركن المادي من تعريف العرف فقرة ٨٨

(٢) الأستاذ مصطفى الزرقا المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٤٨٤ ص ٨٣٢ .

وكعرفهم في بعض البلاد أن يكون ثمن البضائع المباعة بالجملة مقسطاً الى عدد معين من الأقساط[1] .

ويظهر أن الفقه الإسلامي يقصد بهذا الشرط كون العادة عامة باتباعها من قبل غالبية الأفراد السائدة بينهم ، كما هو متطلب فيها في الفقه الوضعي .

(٢) أن تكون العادة قائمة عند نشوء التصرف المراد تحكيمه فيها وليست طارئة

وهذا الشرط يتطلب في العادة التي يراد تحكيمها في التصرف أن تكون قائمة وموجودة عند نشوئه ، وذلك بأن تقارن العادة التصرف دون تأخير عنه بحيث لو كانت طارئة فلا عبرة بها . ولهذا فإذا تزوج شخص من امرأة دون أن يصرح بتعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه ، فإن العادة المتعارف عليها وقت انعقاد الزواج هي التي تكون فاصلة في حال حصول نزاع على مسألة المهر . فإذا كانت العادة تقضي بعدم التأجيل ثم حصل نزاع بين الزوجين لسبب انها تغيرت الى تعجيل بعض المهر وتأجيل البعض فإنه يحكم بالعادة التي كانت موجودة وقت انعقاد الزواج والتي تقضي بتعجيل المهر ، ولا يعتدّ بالعادة الجديدة التي تقول بالتعجيل والتأجيل[2] .

ويظهر كذلك أن الفقه الاسلامي يريد بهذا الشرط كون العادة قديمة وسابقة بزمن بعيد على التصرف وهذا واضح من اشتراطه قيام العادة وقت نشوء التصرف وكونها غير طارئة أو جديدة وهذا الأمر يفترض قِدَمَها ووجودها السابق عليه .

(٣) أن تكون العادة مطّردة

والمراد باطراد العادة بين متعارفيها تكرار العمل بها بصورة منتظمة غير متقطعة . فإن اتبعت في بعض المعاملات دون غيرها ، أو اتبعت في جميعها وعدل عنها ثم رُجع اليها على نحو يشير الى عدم الثبات في تطبيقها ، فإنها لا تعتبر عرفاً بنظر الفقه الاسلامي لتعارض العمل مع الترك[3] .

ومن الواضح أن هذا الشرط هو ذات شرط ثبات العادة الذي يتطلبه الفقه الوضعي

(٤) أن لا يعارض العادة تصريح بخلافها

وهذا الشرط أساسي في القاعدة الفقهية القائلة بأن « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » (المادة ٤٣ من المجلة) فتنزيل الأمر المعروف منزلة المشروط كان على أساس أن

---

(١) الأستاذ عبد الباقي البكري . المرجع السابق رقم ٢٤٢ ص ٦٢٨ ، الدكتور عبد العزيز عامر . المرجع السابق رقم ١٤١ ص ٢٦٩ ، الاستاذ محمد شلبي : المرجع السابق ص ٣١٥ .

(٢) الأستاذ بدران بدران . المرجع السابق ص ٣٢٠

(٣) الأستاذ عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم ٢٤٣ ص ٦٢٨ ؛ الاستاذ مصطفى الزرقا . المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٥٠٤ ص ٨٦٤ ؛ الاستاذ بدران بدران : المرجع السابق ص ٣٢٠

ترك التصريح به يعني اعتماد العادة المتعارف عليها .

فاعتبار العادة المتعارف عليها في هذه الحال هو من قبيل الدلالة ، فإذا صرح بخلافها بطلت هذه الدلالة ، إذ أن من القواعد الفقهية المقررة أنه : « لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح » (المادة ١٣ من المجلة) .

ويقول العلامة التركي علي حيدر أن العرف يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو لشرط أحد المتعاقدين ، فلو استخدم شخص أجيراً للعمل من الظهر الى العصر فقط ليس له أن يلزمه بالعمل من الصبح الى المساء بحجة أن عرف البلدة هكذا[١] .

ويبدو أن تتطلب هذا الشرط مرده ترجيح الشرط الاتفاقي الصريح على أية عادة أخرى لا ضرورة لها مع هذا التصريح .

(٥) الّا تكون العادة مخالفة لأصل من الأصول الشرعية القطعية أو لنص غير قطعي يتعلق بالنظام العام

ويشترط أخيراً في العادة المعتبرة شرعاً الّا تكون معطلة لنص شرعي أو مناقضة لأصل من الأصول الشرعية القطعية ، فإن كانت كذلك فإنها تعد عرفاً فاسداً لا يصح العمل به ، لأن نص الشارع مقدم على العرف ، فقد جاءت الشريعة لتخضع الأفراد لحكمها لا أن تخضع هي لأعرافهم . كذلك لا يجوز أن تخالف العادة نصاً غير قطعي يثبت قاعدة تتعلق بالنظام العام كتحريم الربا والتبني ، لأن النص ورد فيهما على وجه يفيد أن التحريم ثابت لمعان فيهما ، فهو لا يختلف باختلاف العادات ولا باختلاف الأحوال ، فلا اعتبار للعادة المخالفة لهذا النص الشرعي . أما إذا أفاد النص غير القطعي حكماً لا يتعلق بالنظام العام جاز العمل بالعادة المعارضة له[٢] .

وهذا الشرط له مثيل كذلك في فقه القانون الوضعي .

والشروط الخمسة السابقة أجمع الفقه الاسلامي على ضرورة توافرها في العادة المعتبرة شرعاً واللازمة لقيام العرف .

٩٤ - (ثانياً) - الركن المعنوي للعرف في الفقه الاسلامي

بيّنا سابقاً أن الفقه الاسلامي لم يُبرز بشكل واضح الركن المعنوي للعرف والقائم على الاعتقاد بلزوم العادة ، وانه يمكن استخلاصه من بعض التعريفات فنحيل على ما كنا قد قررناه في هذا الخصوص[٣] .

---

(١) أنظر في هذا الرأي : الاستاذ مصطفى الزرقا : المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٥٠٦ ص ٨٦٩ .
(٢) الأستاذ بدران بدران : المرجع السابق ص ٣٢٠ - ٣٢١ ؛ الاستاذ مصطفى الزرقا : المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٥٠٧ ص ٨٧٠ ؛ الاستاذ عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم ٢٤٣ ص ٦٢٩ .
(٣) انظر الفقرة ٩٢ .

مما سبق يتبين أن للعرف في نظر الفقه الاسلامي ذات الأركان والشروط المطلوبة فيه في نظر فقهاء القانون الوضعي ، وان اختلفت في بعض الأحيان التعابير والألفاظ المستعملة في كل منهما .

الفصل الثاني

القوة الملزمة للعرف

٩٥ ـ تقسيم :

إن إلقاء الضوء على القوة الملزمة للعرف في كل من القانون الوضعي والفقه الاسلامي يتطلب معالجة هذه المسألة في مبحثين مستقلين :

المبحث الأول : إلزامية العرف في القانون الوضعى .

المبحث الثانى : إلزاميه العرف في الفقه الاسلامي .

المبحث الأول

الزامية العرف في القانون الوضعي

٩٦ ـ تمهيد وتقسيم :

لمعرفة القوة الملزمة للعرف في القانون الوضعي لا بد من التعرض لأساس القوة الملزمة له ولمدى هذه القوة بالنسبة الى التشريع ، وهذا ما يستدعي تخصيص نبذة لكل منهما على حدة .

(أ) ـ أساس القوة الملزمة للعرف في القانون الوضعي .
(ب) ـ مدى القوة الملزمة للعرف بالنسبة الى التشريع .

(أ) أساس القوة الملزمة للعرف في القانون الوضعي

٩٧ ـ اختلاف الآراء حول أساس القوة الملزمة للعرف في الفقه الوضعي :

إذا كان من المقرر أن التشريع يستمد قوته الملزمة من أمر السلطة التي تضعه وتأمر باتباعه ، فمن أين تأتي للعرف هذه القوة الملزمة ؟ وبمعنى آخر ما هو الأساس الذي يجعل من العرف مصدراً قانونياً ملزماً من مصادر القانون ؟

لقد تعددت الآراء في هذا الشأن . فبعض الفقهاء يرد القوة الملزمة للعرف الى إرادة المشرع الضمنية ، وبعض منهم يردها الى ضمير الجماعة ، وبعض منهم يردها الى اجتهاد المحاكم ، وبعض منهم يردها الى ضرورة العرف الاجتماعية .

وسنعرض فيما يلي لهذه الآراء بشيء من التفصيل .

٩٨ ـ (أولاً) ـ تأسيس الزامية العرف على إجازة المشرع الضمنية :

فيرى هذا الرأي ، وهو رأي قديم ، انه ما دام المشرع لا يعترض على العرف الذي يتكون في المجتمع فإن هذا يعني أنه أجازه ضمنياً ، وبذلك يجد العرف قوته الملزمة

في إرادة المشرع الضمنية ، فيُعتبر العرف مجرد إرادة ضمنية له كما يعتبر التشريع إرادته الصريحة[1] .

ويلاحظ على هذا الرأي أن العرف كان أسبق في الوجود من التشريع من الناحية التاريخية بدليل ما كان عليه الحال في المجتمعات القديمة ، مما يثبت أنه مصدر مستقل عنه متصور وجوده دون اقرار المشرع له أو رضاه عنه وبذلك يظهر عجز هذا الرأي عن تبرير القوة الملزمة للعرف في المجتمعات القديمة التي لم تكن قد عرفت المشرع بعد[2] . كما أن إرادة المشرع في حقيقتها ليست إلّا تعبيراً عن إرادة الجماعة . فسواء كان المشرع هيئة معينة ، أو سلطة معينة ، فإنه ليس سوى أداة تستخدمها الجماعة للتعبير عن إرادتها في نصوص تشريعية[3] .

٩٩ - (ثانياً) - تأسيس الزامية العرف على ضمير الجماعة :

ويرى هذا الرأي ، الذي يعكس تصور المدرسة التاريخية للقانون ، أن القانون ينشأ ويتطور آلياً في ضمير الجماعة نتيجة لعوامل تاريخية واجتماعية وسياسية ، وان العرف هو الوسيلة الفطرية الأصيلة لخلق القواعد القانونية وانه يُفَضَّل على التشريع ، باعتباره وسيلة التعبير المباشرة والتلقائية عن ضمير الجماعة بينما التشريع هو وسيلة التعبير المباشرة . وبذلك ينتهي هذا الرأي الى تأسيس قوة إلزامية العرف على الضمير الجماعي[4] Commune conscience du peuple . ويوجد لهذا الرأي أنصار في الفقه الحديث[5] .

ويجب الاعتراف لهذا الرأي بفضله لجهة ابراز أهمية العرف كمصدر من مصادر القانون ، وكمصدر سابق في الوجود على التشريع وهو ما أغفله الرأي السابق ، إلّا أن هذا الرأي يغالي لجهة تأسيسه العرف على الضمير الجماعي تلك الفكرة التي يحيطها الغموض والابهام الأمر الذي يجعل وجود هذا الضمير محلاً للشك[6] .

١٠٠ - (ثالثاً) - تأسيس الزامية العرف على اجتهاد المحاكم :

وهذا الرأي يذهب الى أن العرف يستمد قوته الملزمة من إقرار المحاكم له في

---

(١) أنظر في عرض هذا الرأي بالتفصيل :

F. Gény : op. cit. T. 1 n° 114 p. 335 et s

(٢) الدكتور حسن كيره : المرجع السابق رقم ١٦١ ص ٣٦٨ .

(٣) الدكتور عبد المنعم الصده : المرجع السابق رقم ١١٢ ص ١٥٥ .

(٤) F Gény: op. cit. T. 1 n° 115 p. 341

(٥) الرئيس البير فرحات : المرجع السابق ص ٢٥٠ ؛ الدكتور عبد المنعم البدراوي : المرجع السابق رقم ٢١٤ ص ٣٢٨ ؛ الدكتور عبد المنعم الصده : المرجع السابق رقم ١١٢ ص ١٥٦ .

(٦) F. Gény: op. cit n° 115 p. 344

والدكتور حسن كيره : المرجع السابق رقم ١٦٢ ص ٣٦٨ .

اجتهادها ، اذ يرى أن إلزامية العرف لا تنشأ من تلقاء ذاتها ، وإنما ينشئها الاجتهاد انشاءً فيما يعرض عليه من منازعات أي أن العرف ـ بنظر هذا الرأي ـ لا يتكوّن إلّا بعد حكم المحاكم به ، فالإجتهاد هو الذي يكوّنه ويخلقه بما يسبغ عليه من قوة الزامية . وعلى رأس المنادين بهذا الرأي الفقيه الفرنسي « لامبير Lambert »(١) .

ويؤخذ على هذا الرأي أنه ليس هناك ما يقطع تاريخياً بأن العرف قد استمد قوته الملزمة من اجتهاد المحاكم ، بل الثابت أن هناك قواعد قانونية نشأت بالعرف واكتسبت قوة الإلزام قبل تدخل القضاء في تطبيقها ، أو حتى دون الحاجة الى هذا التدخل كما هو الشان في بعض قواعد العرف المهني(٢) .

على أن هذا لا يجوز أن يقلل من دور الاجتهاد في تحديد مضمون العرف وتدعيم قوته الملزمة ، إذ ان العرف يعوزه في الغالب الوضوح والتحديد . فإذا طلب الى المحاكم تطبيقه ، أتيحت الفرصة لإزالة الغموض والابهام عنه مما يعين على ضبط معنى العرف وتحديده . وكذلك للاجتهاد دور كبير في تدعيم قوة الزام العرف ، فلئن كانت هذه القوة كامنة في عقيدة الأفراد بحيث لا يخلقها الاجتهاد ، إلّا انها تجد التطبيق العملي لها على يد اجتهاد المحاكم ، مما يزيد في تأكيدها وتدعيمها واقبال الأفراد على احترامها(٣) .

١٠١ ـ (رابعاً) ـ تأسيس إلزامية العرف على ضرورته الاجتماعية :

ويرى الفقيه « جيني » ان العرف ظاهرة تحقق ضرورة اجتماعية دائمة ، إذ أن الثبات اللازم للعلاقات بين الأفراد والاستقرار الضروري لحقوقهم والحاجة الى المساواة ، التي هي أساس كل عدالة ، تقضي بأن القاعدة التي تؤيدها عادة مستقرة لها جزاء مادي تُلزِم كما يُلزم القانون . كما أنها تتفق وغرائز الانسان الخفية التي تتمثل في احترام العادة الثابتة وشعور الأفراد بالرهبة عندما يقدمونْ على مس ما جرى عليه أسلافهم . وأخيراً فإنها بحسب شروط قيامها ترضي المصالح الفردية المتعارضة في كل نظام قانوني . وعلى هذا الأساس يمكن اعتبار العرف مصدراً ملزماً من مصادر القانون ، وبالتالي يلتزم القاضي بتطبيقه(٤) .

وهذا الرأي الأخير أجدر بالترجيح ، لأن العرف لا يستمد قوته الملزمة لا من المشرع الذي يرضى عنه ضمنياً ، ولا من الضمير الجماعي للأفراد ، ولا من الاجتهاد

---

(١) Lambert: La fonction du droit civil comparé, T. 1 (1903)
مذكور عند الدكتور حسن كيره . المرجع السابق رقم ١٦٣ ص ٣٦٩ والهامش رقم ١ من ذات الصفحة .

(٢) Marty et Raynaud op. cit. T I n° 114 p. 203

(٣) Marty et Raynaud: op cit T. I n° 114 p 203
والدكتور توفيق فرج . المرجع السابق رقم ١٧٣ ص ٢٧٥ .

(٤) F. Gény: op cit T I n° 116 p. 345

الذي يحكم بقواعده . وإنما للعرف قوة الزام ذاتية مستمدة من الضرورة الاجتماعية التي تفرضه وتحتم وجوده حين لا يوجد تشريع أو حين يكون التشريع ناقصاً . فالعرف في الواقع هو الوسيلة الفطرية الطبيعية لكل مجتمع في حكم سلوك الأفراد فيه ، وفي التصدي لتنظيم ما قد يستعصى على التشريع تنظيمه أو ما يتأخر التشريع عن تنظيمه .

(ب) مدى القوة الملزمة للعرف بالنسبة الى التشريع الوضعي

١٠٢ ـ اختلاف مدى القوة الملزمة للعرف باختلاف الحالات :

قدمنا أن العرف في لبنان ، وعلى الرغم من عدم وجود نص عام صريح يجعل منه مصدراً يرجع اليه عند فقدان النص ، يعتبر مصدراً احتياطياً من مصادر القانون فيه[١] . فما هو مدى القوة الملزمة للعرف بالنسبة الى التشريع الوضعي اللبناني ؟

لمعرفة هذا الأمر لا بد من التمييز بين ثلاث حالات : [٢]

أولاً : حالة العرف الذي يحيل اليه التشريع .

ثانياً : حالة العرف الذي لا يحيل اليه التشريع .

ثالثاً : حالة تنازع العرف والنصوص التشريعية .

١٠٣ ـ (أولاً) ـ حالة العرف الذي يحيل اليه التشريع

إذا أحال المشرع الى العرف ، فإن هذا يعني أنه يعترف به مما يتعين معه اكساب العرف قوة مماثلة للتشريع .

وإحالة المشرع الى العرف تكون إما صريحة أو ضمنية[٣] :

(١) الاحالة الصريحة :

في حال الاحالة الصريحة من قبل النص التشريعي الى العرف يتحتم الاقرار للعرف بذات القوة التي للتشريع . والأمثلة على هذه الاحالة في القانون اللبناني متعددة جداً ، ومنها ما ورد في مجلة الأحكام العدلية ، أو قانون الموجبات والعقود ، أو قانون أصول المحاكمات المدنية أو قانون الملكية العقارية ، أو قانون التجارة ، أو في سواها من القوانين[٤] .

(٢) الاحالة الضمنية :

تكون الإحالة ضمنية على العرف عندما يدخل العرف في تحليل بعض النظريات

---

(١) يراجع فقرة ٨٥ .

(٢) الدكتور ادوار عيد : المرجع السابق رقم ٣٨ ص ٤٦ حتى ٤٨ ؛ الدكتور نقولا أسود . المرجع السابق ص ٦٨ وما بعدها .

(٣) الدكتور نقولا أسود : المرجع السابق ص ٦٨

(٤) يراجع بالنسبة الى هذه القوانين ما ورد سابقاً في الفقرة رقم ٨٥

القانونية التي لم ينص عليها المشرع صراحة ، ويتعين على القاضي أن يحللها وأن يقدرها بالاستناد اليه[١] . مثال ذلك : نظرية الآداب العامة[٢] ، فهذه النظرية تتبدل في مفهومها ومداها وتطبيقها حسب الزمان والمكان ، وهي تتضمن دوماً الإحالة الضمنية على العرف لتقدير عناصر ومفهوم الآداب العامة . ونظرية الخطأ[٣] تتضمن أيضاً الإحالة على العرف ، إذ أن مفهوم العمل الخاطىء يتبدل أيضاً في الزمان والمكان الخ . . .

١٠٤ ـ (ثانياً) ـ حالة العرف الذي لا يحيل اليه التشريع

إن العرف غير المحال عليه في النصوص التشريعية هو الذي يؤلف مصدراً مستقلاً للقواعد التشريعية . ومن أمثلته : عرف الدوطة أو البائنة عند الطوائف المسيحية[٤] ، والعرف الذي يسمح للزوجة باستعمال اسم زوجها ، والأعراف المتبعة في الأمور التجارية والمصرفية وقضايا العمال والتي بمقتضاها تقفل المؤسسات الخاصة أو البعض منها في أعياد القطاع العام أو تعطي للعاملين في بعض المؤسسات منحاً تسمى بالشهر الثالث عشر أو الرابع عشر[٥] .

١٠٥ ـ (ثالثاً) ـ حالة تنازع العرف والنصوص التشريعية

القواعد التشريعية قد تكون قواعد الزامية ومتعلقة بالنظام العام أو قواعد مكملة[٦] . وقواعد العرف تشتمل بدورها على قواعد متعلقة بالنظام العام وعلى قواعد مكملة .

وقواعد القانون المتعلقة بالنظام العام تتغلب على قواعد العرف أياً كانت[٧] . وهذا مستفاد من نص المادة ٩ من الدستور اللبناني التي جاء فيها ان « حرية الاعتقاد مطلقة ، والدولة . . تكفل حرية إقامة الشعائر الدينية . . . على ألّا يكون في ذلك إخلال في النظام العام . . » ، ومن نص المادة ٤ من قانون التجارة القائلة بأنه « على

---

(١) الدكتور نقولا أسود : المرجع السابق ص ٧١ .

(٢) تنص المادة ١٦٦ موجبات وعقود على « أن قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد ، فللأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤ ون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة الزامية .

(٣) الدكتور نقولا أسود : ذات المرجع ص ٧١ .

(٤) محكمة استئناف بيروت المدنية ، الغرفة الأولى ، قرار رقم ٤٥٩ تاريخ ١٠ ـ ٣ ـ ١٩٦٣ مجلة المحامي ١٩٦١ ص ١٨٠ مذكور عند الدكتور نقولا أسود هامش ١٠١ من ص ٧٣ .

(٥) الدكتور نقولا أسود : المرجع السابق ص ٧٣ و٧٤ ؛ الدكتور ادوار عيد : المرجع السابق رقم ٣٨ ص ٤٧ .

(٦) يقصد بالقواعد التشريعية الالزامية والمتعلقة بالنظام العام تلك التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها ، أما القواعد التشريعية المكملة أو المفسرة فهي تلك التي تلزم الأفراد في حال عدم انصراف إرادتهم الى مخالفتها (الدكتور ادوار عيد : المرجع السابق رقم ١٧ ص ٢٧)

(٧) الدكتور نقولا أسود : المرجع السابق ص ٧١ ؛ الدكتور ادوار عيد : المرجع السابق رقم ٣٩ ص ٤٧ .

القاضي ، عند تحديد مفاعيل العمل التجاري ، أن يطبق العرف المتوطد إلّا . . . إذا كان متعارضاً مع النصوص الاشتراعية الالزامية » .

ولكن قواعد العرف المكملة تتغلب بدورها على قواعد القانون المكملة ، لأن القانون ذاته نص صراحة على حل كهذا في عدد من أحكامه ، ولأن هذا الحل إنما هو حل عام يجب اعتماده في جميع الحالات ، وأخيراً لأن العرف المكمل يفترض فيه أن يكون معبراً أكثر من القاعدة المكملة عن رضى الجماعة[1] . ومن الأمثلة على ذلك : المادة ٥٥١ موجبات وعقود التي تنص « على المؤجر أن يدفع الضرائب والتكاليف المختصة بالمأجور ما لم يكن هناك نص أو عرف مخالف » ، والمادة ٧٩٢ من ذات القانون التي تنص « على الموكل أن يقدم للوكيل الأموال وسائر الوسائل اللازمة لتنفيذ وكالته ، ما لم يكن ثمة اتفاق أو عرف مخالف »[2] .

---

(١) الدكتور نقولا أسود : المرجع السابق ص ٧٢ ؛ الدكتور ادوار عيد المرجع السابق رقم ٣٩ ص ٤٧ ـ ٤٨ .

(٢) يراجع أيضاً : المواد ٥٤٠ و٥٥١ و٥٨١ و٥٨٧ و٥٩١ موجبات وعقود المتعلقة بعقد الإيجار والمادة ٦٥٣ منه المتعلقة بعقد العمل .

المبحث الثاني
الزامية العرف في الفقه الاسلامي

١٠٦ ـ تقسيم :

لمعرفة الزامية العرف في الفقه الاسلامي لا بد من بحث أساس القوة الملزمة للعرف في هذا الفقه ومدى هذه القوة بالنسبة الى النصوص الشرعية ، وهذا ما يستدعي تقسيم هذا المبحث الى النبذتين الآتيتين :

النبذة الأولى : أساس القوة الملزمة للعرف في الفقه الاسلامي .
النبذة الثانية : مدى القوة الملزمة للعرف بالنسبة الى النصوص الشرعية .

(أ) أساس القوة الملزمة للعرف في الفقه الاسلامي

١٠٧ ـ عدم وجود تباين في الآراء حول أساس القوة الملزمة للعرف في الفقه الاسلامي وإقامته على الضرورة الاجتماعية :

إذا كان الفقه الوضعي قد اختلف حول أساس القوة الملزمة للعرف ، فإن الفقه الاسلامي لم يعرف مثل هذا الخلاف ويتجه الى إقامة القوة الملزمة للعرف على أساس ضرورته الاجتماعية وحاجة الناس اليه لتحقيق مصالحهم العملية بدلالة جريانهم عليه لما فيه من مصلحة راجحة لهم لا غنى عنها . فجريان الناس على العرف في أمورهم يعد أقوى دليل على حاجتهم اليه وانه يحقق مصالحهم الحياتية وانه ضرورة لا غنى عنها لتنظيم الحقوق والموجبات بينهم على أساس وفائه بالحاجة والمصلحة والتوجيه الى أفضل الحلول . فالشرائع الإلهية انما تبغي بأحكامها المدنية تنظيم مصالح البشر وحقوقهم ، فتقر من أعراف الناس ما تراه محققاً لغاينها ، ملائماً لأسسها وأساليبها[1] . ومتى ثبتت

---

(١) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم ١٤١ ص ٢٦٩ ، الاستاذ مصطفى الزرقا . المرجع السابق المجلد الأول رقم ٣٧ ص ١١٠ ، الاستاذ محمد الشلبي . المرجع السابق ص ٣١٨ و٣٢٣

ضرورة العرف الاجتماعية فقد وجب أن يكون ملزماً .

ويظهر من ذلك أن الفقه الاسلامي يؤسس القوة الملزمة للعرف على أساس ضرورته الاجتماعية وحاجة الناس اليه لما فيه من مصلحة تحقق لهم النفع وتدفع عنهم الضرر ، فلو منعوا عما تعارفوا عليه وقعوا في الحرج ولحقتهم المشقة ، فإقرار القوة الملزمة للعرف تخفيف على الناس ورفع الحرج عنهم وهو يتوافق مع أصل من أصول الشريعة الاسلامية المقررة في القرآن والسنة وهو رفع الحرج عن الناس . فقد جاء في القرآن ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ و﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾ .

وموقف الفقه الإسلامي إزاء أساس القوة الملزمة للعرف يقرب من الرأي الراجح في الفقه الوضعي الذي يؤسس القوة الملزمة للعرف على ضرورته الاجتماعية[١] .

(ب) مدى القوة الملزمة للعرف بالنسبة الى النصوص الشرعية

١٠٨ ـ تمهيد :

ان التطرق الى معرفة مدى القوة الملزمة للعرف في الفقه الاسلامي إزاء النصوص الشرعية يستدعي باديء ذي بدء الاشارة الى مصادر الفقه الاسلامي بصورة موجزة ومنزلة العرف بينها ، ثم التعرض الى مدى هذه القوة حسب الحالات التي تطرأ .

١٠٩ ـ مصادر الفقه الاسلامي ومنزلة العرف بينها :

إن مصادر الفقه الاسلامي أي منابعه التي يستقي منها قواعده الشرعية هي في نظر الفقهاء أربعة : القرآن ، والسنة النبوية ، واجماع العلماء ، والقياس[٢]. وبجانب هذه المصادر الأساسية توجد مصادر أخرى دلّ القرآن والسنة على اعتبارها شرعاً وأهمها : الاستحسان والمصلحة المرسلة والعرف[٣] . وهذه المصادر كلها مرجعها في النهاية الى القرآن والسنة ، ذلك أن الحكم الشرعي يؤخذ من النص من قرآن أو سنة ، أو من رد الى النص ، ومن ثم فكل المصادر عدا القرآن والسنة مُشتقة من هذين المصدرين ،

---

(١) الدكتور عبد العزيز عامر . المرجع السابق رقم ١٤١ ص ٢٦٨ و٢٦٩ .

(٢) ومما يدل على اعتبار هذه المصادر ما جاء في القرآن ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول . ﴾ (سورة النساء الآية رقم ٥٩) . فالأمر باطاعة الله وطاعة الرسول أمر باتباع القرآن والسنة ، وطاعة أولي الأمر يكون باتباع ما يجمع عليه علماء المسلمين ، والرد الى الله والرسول أمر باتباع القياس ، لأن القياس هو رد ما تنوزع فيه الى النصوص (الدكتور عبد العزيز عامر . المرجع السابق رقم ٦٨ ص ١٤٢ و١٤٣)

(٣) يقصد بالاستحسان العدول عن حكم نظائرها الى حكم آخر لوجه يقتضي هذا العدول . ويقصد بالمصلحة المرسلة كل مصلحة لم يرد في الشرع نص على اعتبارها بعينها أو نوعها (الأستاذ مصطفى الزرقا . المرجع السابق المجلد الأول رقم ١٤ ص ٤٨ ورقم ٢٣ ص ٦٣) .

مقتبسة منها ، بحيث لا يرجع اليها إلّا إذا أعيى البحث في القرآن أو في السنة[1] .

مما تقدم يتضح أن العرف في الفقه الاسلامي يعتبر مصدراً تبعياً أو احتياطياً يلي النص الشرعي مرتبة أسوة ببقية المصادر الأخرى .

ونحن إذ نقدم العرف في المرتبة على بفية المصادر الاحتياطية ونجعله تالياً للنص الشرعي مرتبة فلأن معظم الفقهاء المسلمين يقرّون له هذه المنزلة المتقدمة ولو لم يفصحوا عن ذلك عند ترتيبهم لمصادر الأدلة الشرعية .

ـ فجمهور الفقهاء يرى أن كثيراً من الأعراف العملية ترجع قوتها الملزمة الى الإجماع السكوتي كبيع التعاطي والاستصناع[2] ، أو الإجماع الذي لا يعرف له مخالف[3] . بل ان البعض ذهب الى أن الاجماع كان في أول الأمر عرف أهل المدينة ، ثم تطور بعد ذلك فصار اجماع العلماء في كل عصر[4] .

ـ والمذهب الحنفي يقدم العرف على القياس المعارض له ، لأن القياس المخالف في نتيجته للعرف الجاري يؤدي الى الحرج ، فيكون ترك الحكم القياسي والعمل بمقتضى العرف هو من قبيل الاستحسان المقدم على القياس[5] .

ـ والإمام مالك يعتبر العرف نوعاً من المصلحة المرسلة حتى انه خصص به النص الشرعي .

ـ والامام أحمد بن حنبل أخذ بالعرف عند تطبيق الأحكام وتفسير النصوص الشرعية[6] .

ـ والمذهب الجعفري يقدم المعنى العرفي على المعنى اللغوي في نطاق الأعمال والالتزامات القانونية طالما لا يوجد معنى شرعي لها[7] .

فطالما أن اتجاه المذاهب الاسلامية المتعددة يذهب الى إحلال العرف محل الاجماع باسناده اليه ، وتفضيله العرف على القياس المخالف له ، واعتباره نوعاً من المصلحة المرسلة والعمل به استحساناً ، والاعتداد به عند تفسير النصوص الشرعية ، فلماذا لا

---

(١) الدكتور عبد العرير عامر : المرجع السابق رقم ٦٨ ص ١٤٤ .

(٢) يقصد ببيع التعاطي : البيع بالقبض والدفع دون إيجاب وقبول باللفظ كشراء سلعة مكتوب عليها ثمنها فيدفع الشاري الثمن ويأخذها ويمضي تحت نظر البائع الساكت . أما عقد الاستصناع فيقصد به الاتفاق على صنع أشياء معينة لا تكون موجودة وقت الاتفاق .

(٣) الأستاذ عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم ٢٤٤ ص ٦٣٠ .

(٤) الدكتور عدنان القوتلي : المرجع السابق ص ٣٥١ .

(٥) الاستاذ مصطفى الزرقا : المرجع السابق المجلد الأول رقم ٣٩ ص ١١٢

(٦) الاستاذ محمد شلبي . المرجع السابق ص ٣٢١ .

(٧) الاستاذ محمد جواد معنية : المرجع السابق ص ٣٠ .

يوضع العرف ابتداء في مرتبة متقدمة على هذه المصادر التبعية ؟ فالتحليل الواقعي والمنطقي لمواقف المذاهب الاسلامية الخمسة يحتم التسليم للعرف بمنزلة تالية على النص الشرعي ، وهذا الأمر ان لم يتنبه اليه الفقه الاسلامي فلأنه لم يستعرض العرف ضمن نظرية عامة جامعة لمختلف المصادر التبعية التي اسند اليها أو عطف عليها .

١١٠ ـ العرف في الفقه الإسلامي مصدر احتياطي يلي النص الشرعي مرتبة :

بعد استعراض التحليل السابق لموقف الفقه الإسلامي من العرف يتضح أنه يعتبر فيه مصدراً احتياطياً للنص الشرعي ويليه في المرتبة .

ولتبين الصورة الصحيحة للدور الذي يلعبه العرف في الفقه الاسلامي بالنسبة الى النصوص الشرعية يحسن مجاراة التقسيم الذي لجأ إليه الفقه الوضعي عند تعرضه لمثل هذه المسألة ، وذلك تقريباً للمبادىء بعضها من بعض واستجلاء للحقيقة الموضوعية .

وعملاً بهذا المنطق يتعين التمييز بين ثلاث حالات :

أولاً : حالة العرف الذي يحيل اليه النص الشرعي .
ثانياً : حالة العرف الذي لا يحيل اليه النص الشرعي .
ثالثاً : حالة تنازع العرف والنصوص الشرعية .

١١١ ـ (أولاً) ـ حالة العرف الذي يحيل اليه النص الشرعي

وهنا يجب التأكيد أيضاً أنه إذا أحال الشارع الى العرف فهذا معناه أن له قوة ملزمة مماثلة للنص الشرعي .

وإحالة الشارع الى العرف قد تكون صريحة أو ضمنية .

(١) الاحالة الصريحة :

في هذه الاحالة يحيل الشارع على العرف بنص صريح . ومن أمثلتها ما جاء في القرآن « خُذِ العفو وأْمُرْ بالعرف واعْرِضْ عن الجاهلين »[(١)] . فالعرف في هذا النص القرآني ، وان كان قد ورد في معناه اللغوي ـ أي بمعنى المستحسن والمألوف ـ فإنه لا يخلو من معناه الفقهي من حيث هو عرف الناس في أعمالهم وتصرفاتهم القانونية ، لأن ما يتعارف عليه الأفراد دليل على حاجتهم اليه فيكون من الأمور المستحسنة شرعاً[(٢)] .

(٢) الاحالة الضمنية :

تكون الإحالة ضمنية على العرف عندما يكون كاشفاً عن الحكم الشرعي في بعض القواعد الشرعية المطلقة التي تختلف باختلاف الزمان والمكان ، فهذه القواعد

---

(١) سورة الأعراف الآية رقم ١٩٩ .
(٢) الأستاذ مصطفى الزرقا : المرجع السابق المجلد الأول رقم ٥٣١ ص ١١١ .

يفسرها ويحددها العرف[1] . ومن أمثلتها : إن القرآن أوجب النفقة للزوجة بنص مطلق « لينفق ذو سعة من سعته »[2] ، فأوجبها بقدر الوسع ولم يبين مقدارها ، فتقدر النفقة على أساس العرف . وإن الشارع نهى عن الفحشاء في كثير من النصوص القرآنية « وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي .. ﴾[3] و﴿ اللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم .. ﴾[4] ﴿ فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾[5] ولم يبين مدلول الفحشاء فيرجع الى عرف الناس بشأن ما يعتبر من الفحشاء وهو أمر يختلف باختلاف الزمان والمكان .

١١٢ - (ثانياً) - حالة العرف الذي لا يحيل اليه النص الشرعي

وهذا العرف يعد في نظر الفقه الاسلامي مصدراً عظيم الشأن لكثير من الأحكام الشرعية بين الناس في شتى شعب الفقه وأبوابه ، وله قوة واسعة المدى في خلق القواعد القانونية لمختلف النزاعات والحالات الطارئة . فالعرف لا تغني عنه النصوص ، لأنها لا يمكن أن تستوعب جميع التفصيلات والاحتمالات ، هذا فضلاً عن أن كثيراً منها مبني على العرف ، ويتبدل فيها الحل بتبدل العرف بحيث لا يمكن وضع مبدأ ثابت فيه[6] .

ومن أمثلته :

(١) العرف اللفظي أو القولي :

فقوة هذا العرف ان كل متكلم يحمل كلامه على لغته وعرفه فينصرف الى المعاني المقصودة بالعرف حين التكلم ، وان خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة ، لأن العرف الطارىء قد نقل تلك الألفاظ الى معان اخرى صارت هي الحقيقة العرفية المقصودة باللفظ ، في مقابل الحقيقة اللغوية[7] .

وعن هذا أثبت الفقهاء المسلمون القاعدة القائلة « الحقيقة تترك بدلالة العادة » أي العرف (المادة ٤٠ من المجلة) ووضعوا المبدأ القائل « يحمل كلام الحالف والناذر والموصي والواقف وكل عقد على لغته وعرفه ، وان خالفا لغة العرب ولغة الشارع »[8] .

قد يكون معنى اللفظ في أصل اللغة طلاقاً فيصبح في العرف زجراً محضاً لا دلالة

---

(١) الأستاذ محمد شلبي : المرجع السابق ص ٣٢٦ .

(٢) سورة الطلاق الآية رقم ٧

(٣) سورة النحل الآية رقم ٩٠ .

(٤) و (٥) سورة النساء الآية ١٥ و ٢٥

(٦) الأستاذ مصطفى الزرقا : المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٤٩١ ص ٨٤١ و٨٤٢

(٧) ويأخذ بهذا العرف كذلك المذهب الجعفري (الاستاذ محمد جواد مغنية . المرجع السابق ص ٣٠) .

(٨) ابن عابدين · في مجموعة رسائله الجزء الثاني ص ١٣٣ مذكور عند الاستاذ الزرقا : المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٤٩٣ ص ٨٤٤ .

له على الطلاق ، أو بالعكس[1] .

(٢) عرف الأعمال المادية والقانونية

فمثلاً :

ـ انه في مسائل الجوار لا يجوز لصاحب الحق أن يتجاوز في استعماله الى حد يضر بغيره ، فلو فعل كان ضامناً للضرر . ومقياس التجاوز وعدمه انما هو العرف ، فلو أوقد صاحب الأرض ناراً في أرضه فتطاير منها ما أحرق شيئاً لجيرانه ، فإن كان قد أوقدها بصورة معتادة عرفاً فهو غير ضامن ، وان تجاوز المعتاد أو أوقدها في هبوب الريح كان ضامناً .

ـ وكذلك فإنه في العارية ليس للمستعير أن يجاوز المعتاد عرفاً في كيفية استعمال العارية ، فإن فعل كان ضامناً ان هلكت أو تضررت ، رغم أن العارية في الأصل تعتبر أمانة في يده غير مضمونة ، وذلك لأنه بتجاوز المعتاد في استعمالها يصبح بنظر العرف متعدياً[2] .

وفي هذا المعنى جاءت المادة ٤٥ من المجلة بقولها : « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » .

(٣) العرف المرجِّح في اثبات الحقوق

وهذا النوع من العرف يعتبر قرينة مرجحة في إثبات الحقوق عند التنازع حولها . فإذا اختلف اثنان في شيء ولا بينة لواحد منهما على الآخر حكّم العرف في ذلك فمثلاً لو اختلف الزوجان على ملكية أثاث المنزل الزوجي فيحكم لكل منهما بما تعارف الناس انه خاص به . كما أن الفقهاء قرروا ان العرف يؤدي الى عدم سماع الدعوى اذا كانت مخالفة له ، كما لو تركها صاحبها بدون عذر مدة طويلة من الزمن ، اذ العرف جرى بين الناس ان صاحب الحق لا يسكت عن المطالبة به مدة طويلة مع تمكنه من الادعاء[3] .

١١٣ ـ (ثالثاً) ـ حالة تنازع العرف والنصوص الشرعية

إن النصوص الشرعية من قرآن أو سنة قد تكون نصوصاً خاصة آمرة أو متعلقة بالنظام العام الاسلامي ونصوصاً عامة[4] .

والعرف بدوره قد يكون خاصاً أو عاماً .

---

(١) الأستاذ مصطفى الزرقا . دات المرجع رقم ٤٩٣ ص ٨٤٤ .

(٢) الاستاذ مصطفى الرزقا : دات المرجع رقم ٤٩٧ ص ٨٥٢

(٣) الأستاذ محمد شلبي : المرجع السابق ص ٣٢٩

(٤) النص الخاص الأمر هو ذلك الذي تولى الشارع بنفسه تحديد ما جاء فيه ونهى عن مخالفة أحكامه ، أما النص العام فهو دلك الدي يكون حكمه عاماً شاملاً لمختلف الحالات بما فيها العرف (الأستاد مصطفى الزرقا . المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٥٠٩ ص ٨٧١) .

ـ **والنصوص الشرعية الخاصة الآمرة تتغلب على العرف الذي يخالفها أياً كان** ، لأن نص الشارع مقدم على العرف ، إذ الشريعة جاءت لتنفذ أحكامها وتحترم ، فلا يجوز تعطيلها بالتعارف على خلافها ، وإلا لم يبق للشرع من معنى(١) . وبناء على ذلك إذا تعارف الناس على مسألة ما ، وكانت هذه المسألة منهى عنها وممنوعة بنص خاص ، كما كان العرب في عصر الجاهلية متعارفين على التبني وإجراء حكم البنوة الحقيقية فيه فجاء القرآن ونهى عنه ، فإن هذا العرف لا اعتبار له ولا قيمة . وإذا تعارف الناس على أمر من الأمور يفهم من النصوص التي تنظمه أنه متعلق بالنظام العام الاسلامي ، كتحريم المحرمات المطلقة ، ووجوب التراضي في العقود ، ومنع الأذى عن الناس وقمع الاجرام ، فإنه لا يجوز الاعتراف للعرف المخالف له بأية قيمة (٢) .

فالنص الخاص الآمر أو المتعلق بالنظام العام هو المعتبر شرعاً ولو وجد عرف عام أو خاص مخالف له .

على أنه يستثنى من حالة النص الخاص الآمر صورة واحدة وذلك عندما يكون هذا النص حين صدوره عن الشارع مبنياً على عرف قائم ، ومعللاً به ، فإن النص عندئذٍ يكون عرفياً فيدور حكمه مع العرف ويتبدل به . ومن أمثلته حديث الرسول بشأن الفتاة البكر الذي جاء فيه « اذنها صُماتُها » ، أي سكوتها حيث اعتبر سكوتها عند استئذان وليها لها في تزويجها من رجل اذناً وتوكيلاً . فقد اتفق فقهاً على أن هذا الحكم في الفتاة البكر مبني على ما هو معروف في الفتاة من الخجل في إظهار رغبتها ، فإذا فرض أن هذا العرف تبدل وأصبحت الفتاة لا تتحرج في إعلان رغبتها أو عدمه ، فإن السكوت لا يصح أن يعتبر إذناً منها لوليها ولا بد من التصريح به(٣) .

ـ **ولكن إذا تنازع النص العام مع العرف المخالف له** ، فإن كلمة الفقهاء لم تتفق على حل واحد :

فقد ذهب الحنفية الى القول بأن العرف العام يقوى على تخصيص النص العام سواء كان هذا العرف عملياً أو لفظياً(٤) .

وقال الشافعية أن الذي يقوى على تخصيص النص العام إنما هو العرف اللفظي .

ومن الأمثلة التي يذكرها الفقهاء لتخصيص النص العام بالعرف العام عقد الاستصناع . فقد ثبت في السنة أن النبي « نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في

(١) الاستاذ مصطفى الزرقا ، المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٥١٠ ص ٨٧٣ ؛ الأستاذ بدران بدران · المرجع السابق ص ٣٢٠

(٢) الاستاذ مصطفى الزرقا · المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٥٤٠ ص ٩١٥ .

(٣) الأستاذ مصطفى الزرقا : المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٥١٥ ص ٨٨١

(٤) انظر في معنى العرف اللفظي والعرف العملي ما جاء سابقاً فقرة ١١٢ رقم ١

السَلَم »[1] ، فهذا النص العام منع كل أنواع البيوع التي لا يكون فيها المبيع موجوداً في ملك البائع سوى السَلَم الذي استثناه لما فيه من مصلحة باستلاف الثمن للاستعانة به على الانتاج . فعقد الاستصناع يشمله بالمنع عموم النص المانع ، لأنه عقد على معدوم ، ولكنه عقد تعارفه جميع الناس في مختلف البلاد لاحتياجهم اليه ، فأجمع الفقهاء على جوازه لجريان العرف به ، واعتبر هذا العرف مخصصاً لعموم النص .

أما العرف الخاص بمكان معين أو بطائفة معينة ، كعرف التجار والصناع فالراجح في المذهب الحنفي أنه لا يجوز أن يخالف النص العام ، لأنه إذا كان عرف منطقة معينة أو طائفة معينة من الناس يقتضي تخصيص النص ، فإن عدم وجود عرف معين لدى بقية المناطق والناس قد لا يستدعي ذلك ، فلا يثبت التخصيص بالشك بوجوده[2] .

والمذهب المالكي يقول بأن العرف العملي يخصص النص العام كما يقيد النص المطلق . ومثال ذلك ما يقوله الامام مالك من أن المرأة الشريفة القدر لا تلزم بارضاع ولدها ان كان يقبل الرضاع من غيرها للمصلحة العرفية في ذلك فقد قال ابن العربي ان هذا تخصيص لعموم قوله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾[3] .

١١٤ ـ خاتمة العرف في الاسلام :

نخلص من هذا الموضوع الى الآتي .

١ ـ ان العرف في الفقه الاسلامي بمختلف مذاهبه يُعتبر مصدراً مهماً من مصادر القانون الاسلامي بالنظر لما يمثله من ضرورة اجتماعية تفي بالحاجات الطارئة والمستجدة التي لم تتناولها النصوص الشرعية أو لم توضحها أو لم تفصلها ، فضلاً عن أن كثيراً من هذه النصوص مبني في الأساس على العرف ، ويتبدل فيها الحل العملي التطبيقي تبعاً لتبدل العرف ؛ وقد قال بعض الفقهاء عنه أنه دليل أو مصدر أصولي بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام واشترط البعض في القاضي والفقيه أن يكونا عالمين بأعراف الناس .

٢ ـ ان تعريف الفقه الاسلامي للعرف مشابه تقريباً لتعريفه في الفقه الوضعي ، وان كان بعض الفقهاء المسلمين قد ركزوا فيه على إظهار الركن المادي القائم على الاعتياد دون ركنه المعنوي المبني على عقيدة الالزام الأمر الذي استخلصناه من مجمل تعريفاتهم ، وقد تبين من الدراسة أن الشروط المطلوبة في العرف بمفهومه الاسلامي هى

---

(١) السَلَم هو بيع شيء غير معين مؤجل التسليم بثمن معجل (المادة ١٢٣ من المجلة) كبيع كمية من القمح المبين الوصف الى شهرين مثلاً مع تعجيل الثمن

(٢) الأستاذ بدران بدران : المرجع السابق ص ٣٢١ ـ ٣٢٢ .

(٣) الأستاذ مصطفى الزرقا . المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٥٢٠ ص ٨٨٨ .

ذات الشروط تقريباً التي يشترطها الفقه الوضعي وان اختلفت التعابير .

٣ ـ إن أساس القوة الملزمة للعرف في الفقه الاسلامي ، كما هو الراجح في الفقه الوضعي ، يقوم على ضرورته الاجتماعية وحاجة الناس اليه ودفعاً للضرر عنهم ، فقد جاء في القرآن ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ و﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾ .

٤ ـ إن العرف في الفقه الاسلامي ، كما هو الحال في القانون الوضعي ، يُعتبر مصدراً تبعياً أو احتياطياً يلي النص الشرعي مرتبة ، وإن كان هذا الفقه لم يتنبه الى هذه الحقيقة لأنه لم ينظر إليه من خلال نظرية عامة تحدد مرتبته الفعلية بالنسبة الى سائر المصادر التبعية الأخرى التي قدمها عليه .

٥ ـ إن الدور الذي يقوم به العرف في الفقه الاسلامي إزاء النصوص الشرعية شبيه الى حد كبير بالدور الذي يلعبه العرف في الفقه الوضعي بالنسبة الى التشريع في مختلف الحالات التي يطرح فيها مع وجود بعض الفروقات القليلة.

وبذلك نأتي الى ختام هذه الدراسة التي تناولت موضوعي « القضاء والعرف في الإسلام » . فعالجتهما من مختلف جوانبهما مستهدفاً عرضهما في صورة واضحة مركّزة قريبة من الأذهان على هدى منهجية البحث القانوني المقارن .

أ ـ مراجع القضاء في الاسلام

١ ـ ابن أبي حديد : نهج البلاغة ، المجلد ٤ ، دار احياء التراث العربي .
٢ ـ ابن خلدون : المقدمة ، الجزء الأول من كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر .
٣ ـ أبو الحسن الماوردي :
ـ الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، المكتبة التوفيقية بالقاهرة .
ـ أدب القاضي ، جزءان ، تحقيق محيي هلال سرحان ، بغداد مطبعة الإرشاد ١٩٧١ .
٤ ـ أحمد أمين : فجر الاسلام ، الطبعة العاشرة ١٩٦٩ ، دار العلم للملايين .
٥ ـ دكتور ادوار عيد : موسوعة أصول المحاكمات المدنية ، جـ ٢ (١٩٧٨) ، مطبعة غنم .
٦ ـ دكتور القطب محمد طبلية : الفكر السياسي في الاسلام ، مجلة القانون والاقتصاد لجامعة القاهرة ، السنة ٣٩ (لعام ١٩٦٩) عدد ٣ صفحة ٧٨٣ وما بعدها .
٧ ـ بطرس البستاني . محيط المحيط ، المجلد الثاني صفحة ١٧٢٦ و١٧٢٧ كلمة قضاء .
٨ ـ خير الدين الزركلي : الأعلام ، قاموس تراجم ، ٨ أجزاء ، دار العلم للملايين طبعة ٥ لعام ١٩٨٠ .
٩ ـ زكي الدين شعبان : الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، القاهرة دار النهضة العربية ١٩٦٨ ـ ١٩٦٩ .
١٠ ـ سليم باز : شرح المجلة ، بيروت ١٩٢٣ ، المطبعة الأدبية .
١١ ـ سميح عاطف الزين : مجمع البيان الحديث (قصص الأنبياء في القرآن الكريم) ، بيروت ، دار الكتاب اللبناني ١٩٨٠
١٢ ـ دكتور صبحي الصالح : النظم الاسلامية، بيروت ١٩٨٠ ، دار العلم للملايين
١٣ ـ دكتور صبحي محمصاني :
ـ الأوضاع التشريعية في الدول العربية ، الطبعة الثانية ١٩٦٢ ، بيروت دار العلم للملايين .

ـ الأوزاعي ، ١٩٧٨ ، بيروت ، دار العلم للملايين .
ـ المجتهدون في الحق ، بيروت ١٩٧٩ ، دار العلم للملايين .
ـ المجتهدون في القضاء ، بيروت ١٩٨٠ ، دار العلم للملايين .
ـ تراث الخلفاء الراشدين ، في الفقه والقضاء ، بيروت ١٩٨٤ ، دار العلم للملايين .
١٤ ـ ظافر القاسمي : نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الاسلامي (السلطة القضائية) ، بيروت ١٩٧٨ ، دار النفائس .
١٥ ـ عبد الباقي البكري : المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية ، الجزء الأول ، طبعة ١٩٧٢ ، العراق ـ النجف مطبعة الآداب .
١٦ ـ دكتور عبد الحميد متولي : الاسلام وهل هو دين ودولة ، مجلة القانون والاقتصاد لجامعة القاهرة ، السنة ٣٤ (لعام ١٩٦٤) عدد ٤ صفحة ١٠٢٥ وما بعدها .
١٧ ـ دكتور عبد الرحمن الشرقاوي : شخصيات اسلامية ، أئمة الفقه التسعة ، بيروت ١٩٨١ ، دار اقرأ .
١٨ ـ دكتور عبد الوهاب حومد : الوسيط في الاجراءات الجزائيه الكويتية ، المطبعة الثالثة ١٩٨٢ ، جامعة الكويت .
١٩ ـ علي حسين فهمي : الحسبه في الشريعه الاسلاميه ، المجلة الجنائية القومية المصرية ، المجلد الرابع (لعام ١٩٦١) عدد ٣ صفحة ٣٧٧ وما بعدها .
٢٠ ـ علي حيدر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، الجزء الرابع ، منشورات دار النهضة ، بيروت ـ بغداد ، بدون تاريخ .
٢١ ـ علي علي منصور : نظم الحكم والإدارة في الشريعة الاسلاسية ، الطبعة الأولى ١٩٦٥ ، القاهرة مطبعة مخيمر .
٢٢ ـ الدكتور محمد سلام مدكور : القضاء في الاسلام ، القاهرة ١٩٦٤ ، دار النهضة العربية .
٢٣ ـ محمد فريد وجدي : المصحف المفسر ، القاهرة ، مطابع الشعب
٢٤ ـ الدكتور محمود محمود مصطفى : تطور قانون الاجراءات الجنائية في مصر والدول العربية ، القاهرة ١٩٦٩ ، دار النهضة العربية .
٢٥ ـ منصور علي ناصف : التاج الحامع للأصول في أحادث الرسول ، الجزء الثالث ، القاهرة ١٩٦٢ ، المكتبة الاسلامية
٢٦ ـ الباهي المالقي : تأريخ قضاة الأندلس ، بيروت ، مشورات المكتب التجاري ، بدون تاريخ .
٢٧ ـ وكيع : محمد بن خلف بن حبان ، أخبار القضاة ، ٣ أجزاء ، بيروت عالم الكتب ، بدون تاريخ .

٢٨ ـ Milliot (L.): Introduction à l'étude du Droit Musulman, Rec Sirey 1970.
٢٩ ـ Tyan (E).: Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam, T. 1 (1938), Lib. Rec. Sirey.

ب ـ مراجع العرف في الإسلام

أولاً : المراجع العربية :

أ ـ المراجع في أصول الفقه الإسلامي :

١ ـ بدران أبو العينين بدران « أصول الفقه » ، الإسكندرية ١٩٦٥ دار المعارف .
٢ ـ د. صبحي محمصاني « المبادىء الشرعية والقانونية » ، الطبعة السابعة ١٩٧٧ ، بيروت دار العلم للملايين .
٣ ـ عبد الباقي البكري « المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية » ، الجزء الأول ١٩٧٢ ، مطبعة الآداب في النجف .
٤ ـ د. عبد العزيز عامر « المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الاسلامي » القاهرة ١٩٦٩ ، المطبعة العالمية .
٥ ـ محمد جواد مغنية « علم أصول الفقه » بيروت ١٩٧٥ ، دار العلم للملايين .
٦ ـ محمد مصطفى شلبي « أصول الفقه الإسلامي » ، بيروت ١٩٧٤ ، دار النهضة العربية .
٧ ـ مصطفى الزرقا « المدخل الفقهي العام » الجزء الأول المجلد الأول ١٩٦١ ، المجلد الثاني ١٩٥٨ ، دمشق مطبعة الجامعة .

ب ـ المراجع في أصول القانون :

١ ـ د. أحمد أبو ستيت « أبحاث في أصول القوانين » مجلة القانون والاقتصاد لاساتذة الحقوق في جامعة القاهرة ، السنة ٤ (١٩٣٥) .
٢ ـ د. إدوار عيد « الوجيز في المدخل الى علم القانون » بيروت ١٩٧٨ ، مطبعة نمنم .
٣ ـ ألبير فرحات « القانون المدني ـ مقدمة عامة » ، محاضرات لطلاب السنة اولى حقوق الجامعة اللبنانية ١٩٦٦ ـ ١٩٦٧ .
٤ ـ د. توفيق فرج « المدخل الى العلوم القانونية » ، بيروت ١٩٧٥ ، مكتبة مكاوي
٥ ـ د. حسن كيرة « المدخل الى القانون » بيروت ١٩٦٧ ، دار النهضة العربية .
٦ ـ د. سليمان مرقس « المدخل للعلوم القانونية » ، الطبعة الرابعة ١٩٦١ ، مطابع الجامعات المصرية .

٧ ـ د. صبحي محمصاني « الأوضاع التشريعية في الدول العربية » طبعة ١٩٦٢ ، بيروت دار العلم للملايين .
٨ ـ د. عبد المنعم البدراوي « المدخل للعلوم القانونية » بيروت ١٩٦٦ ، دار النهضة العربية .
٩ ـ د. عبد المنعم الصدة « أصول القانون » بيروت ١٩٧٨ ، دار النهضة العربية .
١٠ ـ د. عدنان القوتلي « الوجيز في الحقوق المدنية » الجزء الأول ١٩٦٣ ، دمشق مطابع دار الفكر .
١١ ـ د. نقولا أسود « القانون المدني ـ المقدمة العامة » ، محاضرات لطلاب السنة أولى حقوق اللبنانية ١٩٧٨ ـ ١٩٧٩ .

ثانياً : المراجع الفرنسية

1- Colin (A) et Capitan (H): «Droit civil français, T. 1 (1920) Paris, Lib. Dalloz.

2- David (R) : « Les grands systèmes de droit contemporains», 4e éd. 1971, Précis Dalloz.

3- Foignet (R): «Droit roman», 7e éd. 1922, Paris, Lib. Arthur Rousseau

4- Gény (F): «Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif», T. 1 (1954), Paris, Lib. gén. dr.

5- Marty (G); et Raynaud (P): «Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit» T. 1 (1972) Sirey.

6- Milliot (L): «Introduction à l'étude du droit musulman» Sirey 1970.

7- Scelle (G), Esmein, De la Morandière.. «Introduction à l'étude du droit civil français» T. 1 (1951), Paris éd. Rousseau.

الفهرس

الموضوع ... الصفحة

الباب الأول
القضاء في الاسلام

الفصل الأول
مفهوم القضاء في الاسلام

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الفصل الثاني
التنظيم القضائي في الاسلام

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الفصل الثالث
قواعد المحاكمة والإثبات والحكم

الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

الباب الثاني
العرف في الاسلام

الفصل الأول
ماهية العرف

الفصل الثاني
القوة الملزمة للعرف

الموضوع	الصفحة

هذا الكتاب

القضاء والعرف في الإسلام من أهم الموضوعات التي حوتها كتب الفقه والتاريخ الاسلامي ، وكانا موضع اهتمام الفقهاء في كل العصور فكتبوا عنهما كثيراً في مؤلفاتهم الفقهية العامة والخاصة .

ولما كان النظام القضائي الإسلامي جزءاً من التراث القضائي في العالم ويعد أحد المصادر التاريخية المهمة للقضاء في معظم الدول العربية والإسلامية .

ولما كان العرف لا يزال أيضاً مصدراً رسمياً للقانون الوضعي يكمل ما فيه من نقص وقصور ، كما أنه يعد في نظر الفقهاء المسلمين أحد المصادر المهمة للشريعة الإسلامية للدور الذي يؤديه في إيجاد الحلول للمسائل الطارئة والمستجدة .

فإن الكتاب يتجه إذن إلى معالجة موضوعين هامين يحتلان مكانين بارزين في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية على السواء . وبذلك توضع الشريعة الإسلامية جنباً إلى جنب مع التشريع الدنيوي الوضعي فيما هو هام وذلك لتلمس خصائص الموضوعين في كليهما ، ومدى التقائهما في المبادىء والأفكار أو مدى تمايز كل منهما عن الآخر .

وبذلك يسهم هذا الكتاب في إبراز معالم القضاء والعرف في الإسلام مقارنين بالقانون الوضعي المطبق من الدولة الحاكمة رغبة في الحث على قيام الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية وغيرها من النظم القانونية المعاصرة إظهاراً لما في هذه الشريعة الغرّاء من تنظيم ورقي وأصالة وعلاج لما يشكو منه المجتمع من اختلال ، وتبياناً لكون الاسلام ديناً ودولة يجمع بين الدعوة الى الدين والدعوة الى قيام الدولة العادلة .

وقد يسّر الله لأحد موضعي هذا الكتاب وهو العرف في الإسلام طريق الفوز والنجاح فمُنح الجائزة الثانية من جامعة الدول العربية كأحسن بحث قانوني وفقهي مقارن .

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع